







Theoretisch-practische

Erörterungen

aus den in

Liv-, Esth- und Curland

geltenden Rechten.

Herausgegeben

von

Dr. F. G. v. Bunge.

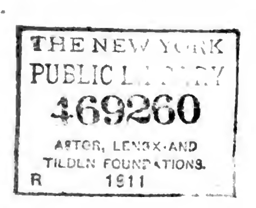
5

Fünfter Band.

Reval,

Verlag von Franz Kluge.

1853.



Der Druck ist unter der Bedingung gestattet, daß nach Beendigung desselben der Abgetheilten Censur in Dorpat die vorschriftmäßige Anzahl von Exemplaren vorgestellt werde.

Dorpat, den 12. Juni 1853.

No. 34. Abgetheilter Censor de la Croix.

Druck von Lindfors Erben.

Inhalt des fünften Bandes.

I.

Welche Rechte stehen dem Eigenthümer eines Pfandgutes während der Dauer des Pfandbesitzes zu?

Von Dr. F. G. v. Bunge.

Die Allerhöchst bestätigte Verordnung vom 24. December 1841 definirt den in unseren Provinzen üblichen Pfandbesitzcontract als denjenigen Vertrag, „durch welchen ein Immobil, das zur Sicherung einer als Darlehn gegebenen Summe dient, dem Darleiher, welcher dasselbe als Sicherheit empfängt, in Besitz übergeben, und ihm gestattet wird, statt der Zinsen für die dargeliehene Summe die Einkünfte jenes Immobils, bis zu dessen Einlösung in der im Vertrage bestimmten Frist, zu genießen."

Dieser Definition liegt offenbar der Begriff des römischrechtlichen antichretischen Pfandcontracts zum Grunde, mit welchem der Pfandbesitz des neueren, durch obgedachte Verordnung begründeten Rechts daher in vielen Beziehungen übereinstimmt. Durchaus verschieden davon ist

dagegen das Wesen des Pfandbesitzes des älteren Provincialrechts, welcher ein Institut des deutschen Rechts und aus der altdeutschen Satzung an Immobilien hervorgegangen ist. Dieser alte Pfandbesitz besteht noch gegenwärtig an nicht wenigen Landgütern — den sog. Pfandgütern — in allen drei Ostseeprovinzen. Namentlich giebt es in Livland noch siebenzehn alte Pfandgüter, welche zusamen 97 7/10 Haken umfassen und deren Dauer zum Theil bis gegen das Ende dieses Jahrhunderts (1895) reicht 1); in Esthland sind deren vierzehn, 168 47/120 Haken groß, und zum Theil bis 1890 hinausreichend 2). Auf diese alten Pfandgüter sind die Bestimmungen des neuern Rechts, namentlich die Verordnung vom J. 1841, nicht anwendbar 3); sie müssen vielmehr nach den davon in vielen wesentlichen Beziehungen ganz abweichenden Grundsätzen des ältern Rechts beurtheilt werden, welches übrigens auf Gewohnheitsrecht beruht, da die geschriebenen Quellen des Provincialrechts uns bei diesem Institut fast ganz im Stich lassen. Zwar wurde und wird mitunter noch bei uns der alte Pfandbesitz nicht selten — wiewohl mehr von Juristen, namentlich den ältern, fast nur römischrechtlich gebildeten, als von Nichtjuristen — mit

---

1) S. das Verzeichniß dieser Güter in (C. v. Tiesenhausen's) Erster Fortsetzung von des H. v. Hagemeister Materialien zur Gütergeschichte Livlands (Riga 1843. 8.) Vorrede S. XIII fg. und in v. Bunge's liv- und esthl. Privatrecht 2. Ausg. §. 153 Anm. b.

2) v. Bunge a. a. O. Anm. c. Nachrichten über die noch bestehenden alten Pfandgüter in Curland fehlen dem Verfasser.

3) Dahin spricht sich auch die Verordnung vom 24. December 1841 §. 6 Anm. selbst ausdrücklich aus. S. unten S. 15 Anm. 27.

der Benennung eines antichretischen Pfandrechts bezeichnet4), und es fehlt in der Praxis nicht an Beispielen von Anwendung der römischrechtlichen Grundsätze von der Antichresis auf unsere deutschrechtlichen Pfandgüter, und von manchen Mißverständnissen, die daraus hervorgegangen sind. Dessen ungeachtet hat sich aber im practischen Leben, wenn man sich gleich keines klaren Begriffs der Sache bewußt war, — Dank sei es dem richtigen Tacte unserer Provincialen und dem Rechtsgefühl unserer nicht rechtsgelehrten Richter — das Wesen des deutschrechtlichen Pfandbesitzes im Ganzen rein erhalten5), und sich consequent ausgebildet, so daß es in dieser Lehre der Controversen nicht viele giebt. — Namentlich ist man über den Umfang der Rechte des Pfandbesitzers, zumal sie die hervorragenderen und daher auch mehr beachtet sind, bei ihnen sich mithin leichter eine feste Praxis bilden konnte, fast durchaus einig. Weniger entschieden läßt sich dies von den Rechten des Eigenthümers oder Verpfänders sagen, da sie beschränkt sind, weit seltener zur Ausübung kommen, daher auch der Praxis weniger Gelegenheit zur stätigen Gestaltung gegeben haben. Eine genauere Beprüfung und Feststellung dieser Rechte des Eigenthümers am Pfandgute während der Dauer der Pfandjahre dürfte demnach nicht ohne Interesse und auch nicht ohne practischen Nutzen sein. Um aber für eine solche Beprü-

---

4) S. z. B. noch das am 4. Febr. 1846 von der esthländ. Gouvts.-Regierung bestätigte esthländische Creditreglement §. 102.

5) Ich werde bald Gelegenheit nehmen, Beweise für das Eine, wie für das Andere, namentlich aus der esthländischen Praxis, in diesen Erörterungen mitzutheilen.

fung eine feste Grundlage zu gewinnen, wird es vor Allem nothwendig sein, das Wesen des Pfandbesitzes, wie er sich im practischen Leben gestaltet hat, im Allgemeinen festzustellen und einen klaren Begriff des dabei obwaltenden Rechtsverhältnisses zu formiren. Zu diesem Zweck dürfte es aber passend sein, die wichtigsten Gegensätze zwischen der römischen Antichresis und dem deutschen Pfandbesitz zusammenzustellen, da daraus zugleich die wesentlichsten Requisite des letzteren sich von selbst ergeben werden. Diese Gegensätze möchten aber vor Allem nachhende sein[6]:

1) Das römische Pfandrecht überhaupt, ohne Ausnahme des antichretischen, ist wesentlich accessorischer Natur; es hat keinen selbstständigen Zweck, sondern bloß den der Sicherstellung eines außerdem bestehenden Forderungsrechts, welches die Hauptsache bildet, und mit dessen Erfüllung auch das Pfandrecht, als etwas dazu Gehöriges, von selbst erlischt. Beim deutschen Pfandbesitz findet gerade das Gegentheil statt. In keinem der noch gegenwärtig wirksamen alten Pfandcontracte ist — wie es bei einer römischen Antichresis sein müßte — von einem Darlehn die Rede, welches der Schuldner erhält und zu dessen Sicherung er dem Gläubiger das Gut als Pfand hingiebt: vielmehr wird überall das Pfänden des Gutes als die Hauptsache, die dem Verpfänder dafür bezahlte Summe nicht als Darlehn, sondern als „Pfandschilling" —

6) Vergl. auch die Darstellung C. O. v. Madai's in Richter's und Schneider's crit. Jahrbb. f. deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. 5 (1841) S. 840, und R. Maurenbrecher's Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 2. Ausg. (Bonn. 1840. 8) §. 257.

pretium — bezeichnet. Für die Interessenten werden daher bei unserem Institut nie die römischrechtlichen Benennungen Pfandschuldner und Pfandgläubiger gebraucht, sie heißen vielmehr Verpfänder, Pfandgeber, Eigenthümer einer=, und Pfandbesitzer, Pfandhalter, Pfandnehmer andererseits.

2) Der beim deutschen Pfandbesitz für das Immobil gezahlte Pfandschilling ist stets dem Werthe des verpfändeten Immobils entsprechend, ein iustum pretium; schon daher kann hier von einer Restitution der über den Betrag der gesetzlichen Zinsen genossenen Früchte von Seiten des Pfandbesitzers an den Eigenthümer, wie dies das römische Recht bei der Antichrese vorschreibt, gar keine Rede sein. Aus eben dem Grunde ist

3) die beim römischen Pfandcontract verbotene lex commissoria beim deutschen Pfandcontract (als sog. eventueller Kaufcontract) ohne Weiteres zulässig.

4) Der antichretische Pfandgläubiger des römischen Rechts hat nur den Fruchtgenuß des ihm verpfändeten Immobils, muß levem culpam prästiren, und kann wegen Mißbrauchs der Sache und Verweigerung einer verlangten cautio damni infecti den Besitz verlieren; der deutsche Pfandbesitzer dagegen hat nicht nur das ausgedehnteste Dispositions= und Nutzungsrecht, so daß er dem Eigenthümer auch wegen etwaniger Deteriorationen durchaus nicht verantwortlich ist, sondern er darf sogar an dem Immobil dritten Personen dingliche Rechte einräumen, Servituten daran bestellen, es mit Hypotheken beschweren 2c.; er darf ferner den ganzen Pfandbesitz auf einen Dritten übertragen, ohne zu allen diesen Handlungen der Geneh=

migung des Eigenthümers zu bedürfen. Ja es geht auf den Pfandbesitzer nach den Grundsätzen des deutschen Pfandrechts die Gefahr der gepfändeten Sache über, so daß er, wenn das Pfand untergeht, nicht die Restitution des Pfandschillings verlangen darf, dagegen aber auch der Eigenthümer sich in einem solchen Falle mit dem Pfandschilling begnügen muß.

5) Der römischrechtliche Pfandschuldner darf gegen Zahlung des Darlehns die Restitution des verpfändeten Immobils verlangen; beim deutschen Pfandbesitz ist es wesentliche Bedingung, daß vor Ablauf einer bestimmten Zeit das verpfändete Immobil nicht eingelöst werden darf. Daher darf dasselbe auch vor Ablauf der Pfandjahre von den Gläubigern des Verpfänders nicht in den Concurs desselben hineingezogen werden, auch nicht gegen Zahlung des Pfandschillings.

6) Der römischrechtliche Pfandgläubiger darf dem Schuldner das Darlehn kündigen; der deutsche Pfandbesitzer dagegen hat weder ein Kündigungs- noch ein Distractionsrecht, er darf den Verpfänder zur Rücknahme des Pfandes nicht zwingen: vielmehr blieb nach dem älteren Recht — wenn der Eigenthümer das Pfandgut nach Ablauf der Pfandjahre nicht freiwillig einlöste, — der Pfandbesitz bestehen, und nur das neuere Recht hat aus staatswirthschaftlichen Rücksichten die öffentliche Versteigerung des Pfandgutes nach Ablauf der Pfandzeit angeordnet.

7) Das Einlösungsrecht des Eigenthümers gegen den Pfandbesitzer war nach älterem Recht keiner Verjährung

unterworfen, wohl aber ist es gemeinrechtlich die Klage des Pfandschuldners gegen den Pfandgläubiger 7).

Wenngleich dem allen zufolge es offenbar nur zu der größten Verwirrung führen müßte, wenn man den Pfandbesitz des deutschen und unseres Provincialrechts nach den Grundsätzen des römischrechtlichen antichretischen Pfandrechts beurtheilen wollte, so geht doch auf der andern Seite v. Madai 8) zu weit, wenn er behauptet, der Pfandbesitz begründe kein Pfandrecht, sondern sei eine davon wesentlich verschiedene eigenthümliche Art dinglichen Rechts, seine Stellung im System als eine Art des Pfandrechts erscheine kaum durch etwas anderes, als durch die äußere Namensverwandtschaft gerechtfertigt rc. Es läßt sich allenfalls nur behaupten, daß der Pfandbesitz in das System des römischen Pfandrechts nicht hineingehöre; allein dessen ungeachtet ist und bleibt er eine Art des deutschen Pfandrechts, denn er trägt alle wesentlichen Merkmale der ältesten Form des deutschen Pfandrechts an Immobilien, der alten Satzung, an sich 9). Allerdings haben eigenthümliche Verhältnisse in den Ostseeprovinzen bei der Fortbildung des Instituts — wie es scheint besonders im 18. Jahrhundert — zu einer noch größeren Erweiterung der Rechte des Pfandbesitzers geführt, welche

7) Zur Begründung der einzelnen hier aufgestellten Sätze wären, weil sie ganz unbestritten, Quellencitate überflüssig gewesen, daher sie hier weggelassen worden.

8) a. a. O. S. 840.

9) Freilich will v. Madai (Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. VIII. S. 284 fgg.) auch in der Satzung nur ein — widerrufliches — Eigenthum erkennen; allein diese Ansicht ist neuerdings gründlich bekämpft von J. F. Budde in ders. Zeitschr. Bd. IX. S. 411 fgg.

das Rechtsverhältniß des Pfandbesitzers dem eines Eigenthümers noch mehr genähert haben, allein die alte deutsche pfandrechtliche Grundlage ist demselben geblieben. Wir glauben zur schließlichen Begründung dieser unserer Ansicht nichts Treffenderes thun zu können, als daß wir die Criterien der altdeutschen Satzung an Immobilien, wie sie W. E. Albrecht 10) zusammengestellt hat, hier — meist mit seinen eigenen Worten — wiedergeben. Er weist namentlich als solche Criterien nach, daß 1) zur Begründung der Satzung an Immobilien gerichtliche Auflassung erforderlich war; 2) „daß der Gläubiger den Besitz und vollständigen (nach dem Ausdrucke der Urkunden, wie der Eigenthümer) Genuß der Sache erhielt"; 3) „der Schuldner behielt das Recht, die Sache gegen Erlegung der dargeliehenen Summe einzulösen". 4) Dennoch liegt in der Satzung keine Uebertragung des Eigenthums unter Vorbehalt des Rechtes der Wiedereinlösung, sondern es besteht neben der Gewere des Satzungsgläubigers die Eigensgewere des Verpfänders ununterbrochen fort. 5) „Das Recht des Darleihers erspringt nicht, wie das des Pfandgläubigers, aus zweien, aus einer Forderung und einem dinglichen Rechte, zusammengesetzt, sondern besteht lediglich aus einem Rechte der letztern Art (Eigenthum)", indem „in den vielen Urkunden über Satzung auch nicht eine ist, die des Rechts der Distraction erwähnt, vielmehr diejenigen, in denen eine Frist für die Einlösung festgesetzt ist, für den Fall der Nichteinlösung nur bestimmen, daß die Sache unverändert fortdauern

10) W. E. Albrecht, die Gewere, als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. S. 142 fgg.

solle, oder daß die etwanigen Bürgen zur Einlösung angehalten werden könnten, oder endlich die Sache, vermöge einer lex commissoria, Eigenthum des Gläubigers werden solle". — Wer wird wohl in dieser Darstellung — zumal wenn wir die von Albrecht gebrauchten Ausdrücke: „Schuldner" in Verpfänder, und „Gläubiger" oder „Darleiher" in Pfandbesitzer übersetzen — unsern Pfandbesitz, wie er noch heut zu Tage an den alten Pfandgütern besteht, verkennen? Finden wir nicht darin durchaus alle wesentlichen Requisite unseres Pfandbesitzes, wie sie in allen unseren alten Pfandcontracten vorkommen, wieder? Und doch können wir als gewiß annehmen, daß dem Verfasser, wenigstens zur Zeit als er sein Werk über die Gewere schrieb, das in unseren Provinzen übliche Rechtsverhältniß des Pfandbesitzes durchaus unbekannt, und ihm keiner unserer Pfandcontracte bis dahin zu Gesicht gekommen war. Vielmehr schöpfte er seine Darstellung aus den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters — darunter freilich auch aus unserem livländischen Ritterrecht 11) — und besonders aus Urkunden über die Satzung, und hat mit diesen Quellen alle einzelnen von ihm aufgestellten Sätze mit gewohnter Gewissenhaftigkeit und Gründlichkeit belegt.

Als Resultat der bisherigen Darstellung, Behufs der Gewinnung eines festen Princips für die Beurtheilung unseres Rechtsverhältnisses, stellt sich heraus, daß der

11) Aus diesem (mittl. livl. R.R. Cap. 8, welchem das Waldemar-Erich'sche Lehnrecht Art. 7 und das älteste RR. Art. 10 entspricht) weist namentlich Albrecht (S. 146 Anm. 330) nach, daß dem Verpfänder die Eigensgewere bleibt.

Pfandbesitz zwar eine Species des deutschen Pfandrechts ist, jedoch dem Eigenthum sehr nahe steht, und sich von demselben nur darin unterscheidet, daß er durch einige dem wirklichen Eigenthümer (Verpfänder) vorbehaltene Proprietätsrechte beschränkt ist. Er gehört mithin zu derjenigen Classe von dinglichen Rechten, über deren Natur unter den Germanisten älerer, wie neuerer und neuester Zeit 12) viel Streit gewesen ist, und welche man am gewöhnlichsten mit der Benennung des dominium utile, im Gegensatz zu dem an derselben Sache dem Proprietar (Verpfänder) zustehenden dominium directum, zu belegen pflegt. Maurenbrecher 13), der einzige Germanist, der unseres Instituts, unter der Benennung des Pfandschaftsbesitzes, als eines noch gegenwärtig in Deutschland practischen Rechtsverhältnisses, erwähnt, macht aus ihm und der Leibzucht eine besondere, von dem sog. dominium utile verschiedene Classe von dinglichen Rechten, welche er „eigenthumähnliche Rechte ohne getheiltes Eigenthum" nennt, während er diejenigen Institute, bei denen man sonst ein dem dominium directum gegenüberstehendes dominium utile anzunehmen pflegt (Emphyteuse, Superficies, Lehn, Erbzins ꝛc.), mit dem Namen „eigenthumähnlicher Rechte mit getheiltem Eigenthum" belegt 14). Für diese Benennungen fehlt aber eine Rechtfertigung 15), indem vielmehr als characteristisches

---

12) Vergl. insbesondere L. Duncker, über dominium directum et utile in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. II. Heft 1. S. 177—212.

13) a. a. O. §. 253 fgg.

14) Ebendas. §. 244 fgg.

15) Wenigstens scheint das im §. 243 darüber Gesagte ungenügend, ja unklar.

Unterscheidungszeichen zwischen beiden Classen von Rechten nur angegeben wird, daß die Rechte mit getheiltem Eigenthum vererblich sind, die andern nicht, und daß bei letztern die Caducität — d. i. Heimfall zur Strafe — ausgeschlossen ist. Letzteres ist jedoch, wenigstens hinsichtlich der Leibzucht, geradezu unrichtig 16); und daß in Betreff des Ersteren Ausnahmen vorkommen können (und — wir fügen hinzu — regelmäßig vorzukommen pflegen), giebt Maurenbrecher 17) selbst zu. Wir können also ohne Weiteres unsern Pfandbesitz mit denjenigen Instituten, in denen man ein sog. dominium utile zu sehen pflegt, in eine Classe stellen, ohne übrigens dem Pfandbesitzer ein dominium im Sinne des römischen Rechts zuzuschreiben, sondern höchstens ein quasi dominium, wie denn ein solches in den bei Constituirung des Pfandbesitzes sowohl vor Alters 18), als in neuerer Zeit 19) häufig gebrauchten Ausdrücken: „das Pfand wie sein Eigenthum besitzen und nutzen" unzweifelhaft liegt. Das wirkliche Eigenthum dagegen bleibt dem Verpfänder, wenn-

---

16) Vergl. z. B. Sachsenspiegel B. I. Art. 21 §. 2; daraus geschöpft ist das mittl. livl. Ritterrecht Cap. 18: „Lifftucht en kan den frouwen — — nen man breken, nen vedder noch gebaren erue, noch nen man, vp den dat gudt ersteruet, se en vorwerkent sûluen, so dat se auetbôme vphouwen, edder malbôme, edder malstene, edder yennigerley stede, edder lûde van dem gude wysen, de thom gude gebaren syn, edder tho welker wyse se er gudt, ere lifftucht vth eren weren leth ꝛc."

17) a. a. O. §. 253 S. 547.

18) Albrecht a. a. O. S. 143 Nr. 2.

19) (C. H. Nielsen) Formulare zu Berichten, Contracten ꝛc. (Dorpat, 1826. 8.) S. 215 §. 7.

gleich es allerdings während der Dauer des Pfandbesitzes auf ein Minimum reducirt ist. Aus diesem Gesichtspunkte sind demnach die Rechte des Eigenthümers am Pfandgute zu beurtheilen, zu diesen mithin mindestens diejenigen im Eigenthum liegenden Befugnisse zu zählen, in deren Ermangelung der Begriff des Eigenthums aufhören würde. Als solches absolutes Criterium des Eigenthums erscheint aber nur ein Recht: das sog. Consolidationsrecht, auch Rückfalls- oder Heimfallsrecht genannt 20). Es besteht darin, daß die Rückkehr des Immobils an den Eigenthümer auf irgend eine Art bedingt sein muß, und wird bei unserem Institut speciell das Einlösungs- oder Wiedereinlösungsrecht genannt. Von diesem wichtigsten Rechte des Eigenthümers muß hier daher zunächst gehandelt werden.

I. Von dem Einlösungsrechte des Eigenthümers.

Es kommen bei demselben folgende Fragen in Betracht:

1) Wann und unter welchen Umständen kann das Einlösungsrecht vom Eigenthümer ausgeübt werden? In früherer Zeit, wo der Pfandbesitz nicht, wie bei den gegenwärtigen Pfandgütern, regelmäßig auf eine bestimmte Zeit übertragen wurde, war, wenn eine Zeitbestimmung der Art fehlte, ohne Zweifel der Eigenthümer befugt, sein Einlösungsrecht zu jeder Zeit,

---

20) Maurenbrecher l. c., bes. §. 245. Duncker in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. II. S. 203 fg.

durch Kündigung des Pfandbesitzes, geltend zu machen 21). Gegenwärtig dagegen ist der Pfandbesitz stets auf eine bestimmte Reihe von Jahren begränzt: der Zweck dieser Begränzung ist gerade, dem Pfandhalter einen dauernden Besitz des Pfandgutes zu gewähren; mithin darf das Einlösungsrecht — wenn nicht ausdrücklich anders contrahirt worden — unter keiner Bedingung früher, als nach Ablauf der „Pfandjahre", ausgeübt werden. Auch in dem Falle, wenn der Pfandbesitzer das Pfandgut deteriorirt, steht dem Eigenthümer kein Kündigungsrecht zu, wie dies denn auch in der Regel in den Pfandbesitzcontracten durch die Clausel ausgedrückt ist, daß der Eigenthümer allen Nachfragen wegen der Art und Weise der Verwaltung und Nutzung des Pfandgutes entsage 22). Ja sogar, wenn die Deterioration von Seiten des Pfandbesitzers dolos geschieht, namentlich um die künftige Einlösung zu vereiteln, so begründet dies dennoch für den Eigenthümer nicht das Recht, auf Einlösung zu klagen, sondern berechtigt ihn höchstens, bei der nach Ablauf der Pfandjahre erfolgenden Einlösung eine verhältnißmäßige Kürzung des zu restituirenden Pfandschillings anzusprechen, falls nicht der Contract, wie nicht selten der Fall, die Clausel enthält, daß der Eigenthümer wegen etwaniger Deteriorationen bei der dereinstigen Einlösung keine Nach-

---

21) Maurenbrecher stellt dies a. a. O. §. 245 und 257 auch für das heutige Recht als Regel auf, weil der Pfandschaftsbesitz in den Rheinländern, der ihm als Regel vorschwebte, an keine bestimmte Dauer geknüpft zu werden scheint.

22) Vergl. das Formular bei L. Cambecq, der juristische Rathsfreund für Nichtjuristen (Dorpat, 1835. 8) S. 139 Art. VI.

rechnungen machen dürfe. Ebenso wenig, als wegen Deteriorationen, darf aus irgend welchen anderen Gründen der Pfandbesitz vor Ablauf der Pfandjahre gekündigt werden, so daß mithin die Caducität beim Pfandbesitz durchaus ausgeschlossen ist23).

Soviel über den terminus a quo für die Ausübung des Einlösungsrechts. In Betreff des terminus ad quem muß wiederum das ältere von dem gegenwärtig für die alten Pfandgüter geltenden Rechte unterschieden werden. Nach dem älteren Recht nämlich war das Einlösungsrecht keiner Verjährung unterworfen; denn wurde es nach Ablauf der Pfandjahre nicht geltend gemacht, so bestand der Pfandbesitz unverändert fort, indem die bei dessen Uebertragung festgesetzte Dauer eben nur den Zweck hatte, den frühesten Termin der Ausübung des Einlösungsrechts festzustellen; dem Eigenthümer blieben demnach auch dann seine Rechte, und unter diesen namentlich das Einlösungsrecht, fortwährend vorbehalten. Diesen Satz finden wir auch in dem esthländischen Ritter- und Landrecht 24) ausdrücklich anerkannt und bestätigt. Maurenbrecher 25) nennt diesen Satz ein Wahrzeichen der Pfandschaft, und führt zu dessen Begründung, außer mehreren Stellen aus Particularrechten, das Sprüch-

---

23) S. auch Maurenbrecher a. a. O., bes. §. 253, nach dessen Theorie übrigens die Caducität beim Pfandbesitz überflüssig ist, „weil bei Verschlechterung des verliehenen Gutes das einfache Kündigungsrecht des Eigenthümers Genüge thut," ein Grund, der bei dem Pfandbesitz unseres Provincialrechts, eben weil derselbe nicht jederzeit gekündigt werden darf, nicht zutrifft.

24) B. IV. Tit. 6 Art. 19.

25) a. a. O. §. 257 S. 557.

wort an: „Ein Jahr Löß, alle Jahr Löß“, welches in unseren Provinzen unbekannt ist. Nicht unwahrscheinlich steht übrigens hiermit in Verbindung, daß die äußerste Dauer, auf welche hier zu Lande der Pfandbesitz vor Zeiten constituirt zu werden pflegte, ein Zeitraum von 99 Jahren war, um den Eigenthümer auch noch im hundertsten Jahre — vor Ablauf der sonst auf 100 Jahre berechneten Frist der sog. Immemorialverjährung — in seinem Einlösungsrechte zu schützen. — Diese Rechtsverhältnisse haben sich jedoch geändert, seitdem die russische Gesetzgebung seit dem J. 1802 die Dauer des Pfandbesitzes für alle drei Provinzen auf zehn 26), für Liv- und Esthland später auf dreimal drei Jahre, als das Maximum, beschränkte 27). Zwar hatte dies auf die Dauer des Pfandbesitzes an den schon vor dem J. 1802 verpfändeten Gütern keinen Einfluß der Art, daß auch ihre Dauer verkürzt wurde, vielmehr blieben die älteren Pfandcontracte, nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung 28), in ihrer bisherigen Kraft bestehen. Allein die Absicht des Gesetzes, die Dauer des Pfandbesitzes für die Zukunft überhaupt zu verkürzen, hatte zur nothwendigen Folge, daß auch bei den alten vieljährigen Pfandgütern

---

26) Allerhöchst bestätigte Senatsunterlegung vom 3. April (Senats-Ukas vom 25. April) 1802. S. U. v. 21. Juni 1815.

27) Allerhöchst bestät. Reichsrathsgutachten vom 14. Juli 1827, Senatsukas vom 14. Decbr. 1831, Allerhöchst bestätigte Verordnung vom 24. Decbr. 1841. Vergl. v. Bunge's Privatrecht §. 152.

28) S besonders die Allerhöchst bestät. Verordnung vom 24. December 1841 §. 6 Anm., wo es heißt, daß das neue Gesetz nur in Beziehung auf die Erneuerung der alten Pfandcontracte auf letztere Anwendung leiden soll.

der Pfandbesitz nach Ablauf der vertragsmäßigen Pfandjahre aufhören mußte, mithin von einer Fortdauer desselben, wenn der Eigenthümer sein Einlösungsrecht nicht geltend machte, nicht mehr die Rede sein konnte. Dadurch mußte aber für das Einlösungsrecht nothwendig auch der Grundsatz der Unverjährbarkeit cessiren, und muß mithin gegenwärtig das Einlösungsrecht unmittelbar nach Ablauf der Pfandjahre ausgeübt werden, widrigenfalls das Pfandgut versteigert und von dem Meistbietenden als Eigenthum erworben wird. Es ist dem Eigenthümer natürlich nicht verwehrt, bei der Versteigerung mit zu bieten und das Gut im Meistbot zu erstehen; ein Vorzugsrecht aber — namentlich ein Näherrecht gegen einen andern Meistbieter — dürfte ihm nicht zugestanden werden, da ein solches weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht begründet ist, und ohne solche positive Grundlage kein Retractsrecht angenommen werden kann. Ja es ist der bisherige Eigenthümer, wenn er sich des Einlösungsrechts ausdrücklich oder stillschweigend begeben und das Gut im Meistbot ersteht, ohne Zweifel zu denselben Leistungen verpflichtet, wie jeder dritte Erwerber, namentlich also auch zur Erlegung der sog. Krepostposchlin mit vier Procent von dem Meistbotschilling an die Kronscasse. Denn mit dem Aufgeben des Einlösungsrechts, als des Criteriums seines Eigenthumsrechts, hat er sich auch dieses letzteren selbst begeben, mithin kann beim seinerseitigen Erwerb des Gutes durch Meistbot von einer Consolidation nicht weiter die Rede sein; er tritt vielmehr, durch Aufhebung seines Eigenthumsrechts, aus allem dinglichen Nexus zum Gute heraus und in eine Categorie mit jedem Dritten. Dieses

ist auch im Wesentlichen nicht verändert worden durch das neueste Recht, nach welchem den Parteien — d. i. dem Eigenthümer und dem Pfandbesitzer — gestattet ist, nach Ablauf der Pfandjahre einen ganz neuen Pfandcontract abzuschließen 29). Denn wenn sich beide Theile über die Abschließung eines solchen neuen Pfandcontracts nicht einigen können, der Eigenthümer sein Einlösungsrecht nicht geltend macht, und der Pfandbesitzer das Pfand nicht in Eigenthum verwandelt, so tritt jedenfalls die Versteigerung des Pfandgutes ein 30).

Es bliebe hier noch die Frage zu erörtern übrig, ob der Eigenthümer nicht unter Umständen von dem Pfandbesitzer gezwungen werden kann, sein Einlösungsrecht schon vor Ablauf der Pfandjahre auszuüben? mit anderen Worten, ob und aus welchen Gründen der Pfandbesitzer auf Rescission des Pfandcontracts klagen darf? Im Allgemeinen ist diese Frage verneinend zu beantworten, da — wie bereits erwähnt worden — es zum Wesen des Pfandbesitzes gehört, und ihn von dem antichretischen Pfandcontract unterscheidet, daß der Pfandbesitzer den Pfandschilling, selbst nach Ablauf der Pfandjahre, nicht kündigen, mithin den Eigenthümer zur Einlösung des Pfandgutes nicht zwingen darf 31). Ausnahmsweise steht aber den-

---

29) Allerh. bestät. Reichsrathsgutachten vom 28. März (Senatsukas vom 29. April) 1846 §. 2.

30) Allerh. bestät. Verordnung v. 24. Decbr. 1841 §. 31. Vergl. auch das Allerhöchst bestät. Reichsrathsgutachten vom 28. März 1846 §. 3.

31) Die Allerhöchst bestät. Verordnung vom 24. Decbr. 1841 §. 30 spricht zwar ausdrücklich eine „Verpflichtung" des Eigenthümers aus, das Pfandgut nach Ablauf der Pfandjahre einzu-

noch dem Pfandbesitzer eine Rescissionsklage zu, und wenigstens **ein** Rescissionsgrund ist sowohl nach den Gesetzen32), als nach einer entschiedenen Praxis außer Zweifel: nämlich die Verletzung über die Hälfte. Eine solche Ausdehnung des sog. remedium ex L. 2. Cod. de rescindenda venditione ist, wenn auf irgend einen Vertrag, auf den hier in Rede stehenden zu rechtfertigen, der in jeder Beziehung dem Kaufcontract so sehr analog ist, daß man leicht versucht sein möchte, **alle** beim Kauf zuständigen Aufhebungsgründe auch beim Pfandbesitz analogisch anzuwenden.

2) **Wie ist das Einlösungsrecht zu verfolgen? mit welcher Klage namentlich?** Das Einlösungsrecht ist ein dingliches Recht, ein ius in re: denn es ist ein Ausfluß des Eigenthumsrechts. Die Klage mit der es zu verfolgen ist, ist mithin keine andere, als die rei vindicatio. Obschon daher der Pfandbesitzer berechtigt ist, den Pfandbesitz durch Cession auf jeden Dritten zu übertragen, so geht dadurch dennoch das Einlösungsrecht des Eigenthümers nicht verloren: letzterer kann es vielmehr gegen jeden dritten Besitzer geltend machen. Dadurch unterscheidet sich namentlich der Pfandbesitzcon-

---

lösen; allein dieser Verpflichtung des Eigenthümers steht insofern kein Recht des Pfandbesitzers gegenüber, als derselbe keinesweges den Eigenthümer zur Einlösung zwingen darf, vielmehr das Gesetz im §. 31 für den Fall, daß der Eigenthümer seiner Verpflichtung nicht nachkommt, nur die öffentliche Versteigerung des Pfandguts anordnet.

32) Esthl. Ritter- und Landrecht B. IV. Tit. 1 Art. 10; pilten'sche Statuten v. J. 1611 Th. II. Tit. 8 §. 3; vergl. auch die curländischen Statuten v. J. 1617 §. 102 und überhaupt v. Madai in den Erörterungen Bd. I. S. 157 fgg.

tract von einem anderen Vertrage, mit welchem er von romanisirenden Juristen verwechselt oder doch verglichen worden ist, nämlich von dem Verkauf auf Wiederverkauf oder den Kaufcontract mit hinzugefügtem pactum de retrovendendo. Aus diesem Vertrage erwirbt der Verkäufer nur eine persönliche Klage gegen den Käufer; veräußert dieser die gekaufte Sache, so kann der erste Verkäufer nur gegen seinen Mitcontrahenten auf das Interesse klagen, keineswegs aber die verkaufte Sache von jedem dritten Besitzer vindiciren 33).

Insofern weicht übrigens das Einlösungsrecht von der rei vindicatio ab, als, der Natur der Sache nach, hier von einer Restitution des Pfandgutes „cum omni causa" nicht die Rede sein kann. Vielmehr kann der Eigenthümer, wie bereits oben 34) ausgeführt worden, seinen Gegner höchstens wegen etwaniger Deteriorationen des Pfandgutes in Anspruch nehmen. Wohl aber ist er verpflichtet, demselben außer dem Pfandschilling alle nachweisbaren nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen, und nur von der Erstattung der impensae voluptuariae ist er befreit 35).

Es kann hier endlich noch die Frage aufgeworfen werden: steht dem Eigenthümer bei einer Veräußerung des Pfandgutes (sog. Cession des Pfandbesitzes) von Seiten des Pfandbesitzers ein Vorzugsrecht — ein etwaniges

---

33) Ueber andere Verschiedenheiten zwischen beiden Verträgen vergl. noch Maurenbrecher a. a. O. §. 257 S. 558.

34) S. 13.

35) Allerhöchst bestätigte Senatsunterlegung vom 3. April 1802 a. E. Verordnung vom 24. December 1841 §. 28.

Vorpfändungsrecht (analog dem Vorkaufsrechte) zu? Wir glauben diese Frage verneinend beantworten zu müssen, indem ein solches Recht, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, — gleich einem Näherrecht — nur auf positiver Grundlage beruhen kann: dasselbe aber weder durch Gesetz, noch — soviel uns bewußt — durch die Praxis anerkannt ist36). Dies ist eines der Criterien, durch welche der Pfandbesitz sich von der Emphyteuse unterscheidet, mit der er übrigens in mancher Beziehung verwandt ist.

3) **In wiefern darf der Eigenthümer über das Einlösungsrecht verfügen?** Der Regel nach muß dem Eigenthümer das Recht der freiesten Disposition über das Einlösungsrecht zugestanden werden, da ein solches eben im Begriff des Eigenthums liegt. Er darf dasselbe mithin unter Lebenden, wie auf den Todesfall, titulo lucrativo wie gratuito, veräußern, obschon solche Veräußerungen in unsern Provinzen, so viel dem Verfasser dieses bekannt, nicht üblich sind37), man müßte denn

---

36) Eine andere Frage ist es, ob bei der Verpfändung von Erbgütern den nächsten Erben des ersten Verpfänders ein Vorpfändungs- und resp. Näherrecht zusteht? Diese Frage ist allerdings zu bejahen: mittleres livländ. RR. Cap. 8 u. 66. v. Bunge's Privatrecht §. 179 (174), bes. Anm. h.

37) In Rheinpreußen sind solche Veräußerungen, wie Maurenbrecher (l. c. §. 257 Anm. 2) bezeugt, nicht selten, und namentlich interessant die Notiz: „daß in der Regel die Pfandbesitzer die Ankäufer der Lösungsrechte sind, und dennoch der Durchschnittspreis für ein Ablösungsrecht, durch dessen Tilgung der bisherige Pfandbesitzer zum vollen Eigenthümer wird, nirgend hundert Thaler, bei noch so großen Gütern, bis jetzt überstiegen hat".

auch den Fall dahin rechnen, wo durch die Hinzufügung des lex commissoria zum Pfandcontract eine eventuelle Veräußerung des Einlösungsrechts an den Pfandbesitzer erfolgt; die Verbindung solcher sog. eventueller Kaufcontracte mit dem Pfandcontracte ist auch hier zu Lande sehr gewöhnlich. — Im Falle der Insolvenz des Eigenthümers ist es gar nicht zweifelhaft, daß das Einlösungsrecht mit zum Concurse gezogen 38), und gleich den übrigen Bestandtheilen der Concursmasse versteigert werden darf, in welchem Falle dann der Meistbietende das Einlösungsrecht vollständig erwirbt. — Wie aber wenn das verpfändete Gut Erbgut des Verpfänders ist? ist auch dann die Veräußerung des Einlösungsrechts zulässig? Sie ist es allerdings, aber nur unter denselben Bedingungen, wie die Veräußerung des Erbgutes selbst, nämlich nur mit Genehmigung der nächsten Erben. Fehlt diese, so haben die nächsten Erben bei einer lucrativen Veräußerung in Liv- und Ehstland das Näherrecht; eine unentgeltliche Veräußerung — sie geschehe unter Lebenden (donatio inter vivos) oder auf den Todesfall (durch Testament) — darf in allen drei Provinzen von den nächsten Erben als unwirksam angefochten werden.

Zur Erwerbung des Einlösungsrechts genügt übri-

38) Daß sich die Gläubiger des Eigenthümers nur an das Einlösungsrecht, nicht aber an das Pfandgut selbst halten können, versteht sich nach der Natur des Pfandbesitzes von selbst. Wird übrigens das Einlösungsrecht während der Dauer des Concurses, durch Ablauf der Pfandjahre, wirksam, so ist keine Frage, daß die Einlösung für die Masse geschehen kann. Vergl. R. v. Helmersen, Abhandlungen aus dem Gebiete des livländ. Adelsrechts Lief. II. S. 86 und v. Bunge's Privatrecht §. 156 (152) Nr. 2.

gens nicht der bloße Titel; es muß vielmehr, da es ein ius in re immobili, und im Grunde das Eigenthumsrecht selbst ist, die gerichtliche Auflassung, oder was nach den verschiedenen Provincialrechten an deren Stelle getreten, die sog. Corroboration, Zuschreibung, und wie die entsprechenden Acte sonst genannt werden, hinzukommen; bis dies geschehen, kann dem Erwerber des Einlösungsrechts nur ein persönliches Recht gegen den Veräußerer, keinesweges ein gegen jeden dritten Besitzer des Pfandgutes verfolgbares dingliches Recht beigemessen werden.

4) **Wie wird das Einlösungsrecht ab intestato vererbt?** Wenn der erste Verpfänder oder sein Singularsuccessor über das Einlösungsrecht nicht disponirt hat, so vererbt dasselbe auf seine gesetzlichen Erben auf dem Wege der gewöhnlichen Intestaterbfolge. Da jedoch dieses Recht seiner Natur nach ein untheilbares ist, so fragt es sich, wie für den Fall, wenn unter mehreren concurrirenden Erben, selbst durch mehrere Generationen hindurch, das Einlösungsrecht bei den Erbtheilungen nicht ausdrücklich berücksichtigt worden, das Erbrecht sich normirt? welchem unter mehreren gleich berechtigten Erben ist dann das Einlösungsrecht zuzusprechen 39)? Man

---

39) Diese Frage ist von nicht geringer practischer Bedeutung, und dürfte in unserer Zeit, wenn die bisherigen alten vieljährigen Pfandcontracte ihre Endschaft erreichen, nicht selten zur Sprache kommen. Denn daß das Einlösungsrecht bei Erbtheilungen unberücksichtigt bleibt, ist keine seltene Erscheinung. Ein Beispiel liefert ein unter dem 26. November 1843 vom esthländischen Oberlandgericht erlassenes, in den öffentlichen Blättern abgedrucktes Proclam nachstehenden Inhalts: Im J. 1753 verpfändete Fabian Otto

könnte wohl geneigt sein, hier eine Succession der Art, wie sie bei untheilbaren Familienfideicommissen vorkommt, anzunehmen. Allein einestheils giebt es mehrere solche Successionsarten, und sowohl gemeinrechtlich 40), als nach unserm Provincialrecht spricht im Zweifel für keine derselben die Präsumtion, obschon bei uns die Primogeniturfolge allerdings die gewöhnlichste ist 41). Anderntheils ist durchaus kein Grund vorhanden, beim Einlösungsrecht eine von der ordentlichen Intestatsuccession abweichende Erbfolge anzunehmen, und unter mehreren durch die ordentliche Erbfolge Berufenen einem bestimmten, etwa dem ältesten, Individuum das Einlösungsrecht zuzusprechen. Sie müssen vielmehr insgesammt als gleich berechtigt angesehen werden, und bleibt mithin in einem solchen Collisionsfall kein anderes Mittel, als die Entscheidung durch das Loos, übrig 42). Was aber die Bestimmung

---

von Derfelden das Gut Kalle auf 90 Jahre. Nach Ablauf der Pfandjahre ward von dessen directem Nachkommen, Otto Fromhold Heinrich von Derfelden, mit der derzeitigen Pfandbesitzerin, Baronne Natalie von Ungern-Sternberg, geb. von Lantingshausen, eine Vereinbarung getroffen, vermöge deren ersterer auf die Einlösung des Gutes unter gewissen Stipulationen zum Besten der letzteren entsagt, und in die eigenthümliche Zuschreibung des Gutes an letztere willigt. Demnach wurden vom Oberlandgericht Alle, welche ein näheres Recht, als Otto Fromh. Heinr. von Derfelden, zur Einlösung des Pfandgutes Kalle zu haben vermeinten, aufgefordert, ihre Ansprüche binnen Jahr und Tag sub poena praeclusi zu verlautbaren.

40) Vergl. C. F. Eichhorn's Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 370. Mittermaier's Grundsätze des deutschen Privatrechts. Sechste Ausg. §. 450 Bd. II. S. 497.

41) Vergl. v. Bunge's Privatrecht §. 402 (396).

42) Fr. 5 D. famil. ercisc. X. 2. Fr. 14 D. de iudiciis. Vergl. Thibaut's Versuche Bd. II. S. 302.

der Nähe der Verwandtschaften betrifft, so kann sie wohl nicht anders geschehen, als daß man zunächst den ersten Verpfänder, oder wenn das Einlösungsrecht veräußert worden, den letzten Erwerber[43], oder endlich, wenn das Einlösungsrecht bei irgend einer Erbtheilung berücksichtigt worden, denjenigen, dem es zuletzt durch die Theilung zugefallen, als Erblasser betrachtet; demnächst das Loos über diejenigen entscheiden läßt, welche bei dem Tode dieses seine nächsten Erben waren; sodann für die gesetzlichen Erben desjenigen, dem das Einlösungsrecht dergestalt zugefallen, looſt, und so fortfährt, bis die Reihe des Loosens an noch lebende Individuen gelangt. Uebrigens werden dadurch, daß nur einer der Successoren das Einlösungsrecht, als ein untheilbares, erwerben kann, die Ansprüche der Miterben nicht ausgeschlossen. Vielmehr wäre dasselbe abzuschätzen und die Miterben wegen ihre Ansprüche auf Grundlage einer solchen Schätzung abzufinden. — Im Falle des erblosen Todes des Eigenthümers tritt auch hier ohne Zweifel die außerordentliche Succession des Fiscus oder der dazu vor demselben berufenen Corpora, Collegia ꝛc. ein.

5) Wie erlischt das Einlösungsrecht? Als Erlöschungsgrund erscheint, außer dem Verzicht, wovon schon oben[44] gehandelt worden, nur noch der Fall, wo der Pfandbesitzer von der dem Pfandcontract etwa hinzuge-

---

43) Hatte der Eigenthümer über sein ganzes Vermögen, wenn auch ohne ausdrückliche Erwähnung des Einlösungsrechts, verfügt, so muß ohne Zweifel sein Testamentserbe auch als Successor in das Einlösungsrecht angesehen werden.

44) S. oben S. 16 fg.

fügten lex commissoria Gebrauch macht, und in Folge dessen das Pfand in Eigenthum verwandelt. Dazu war der Pfandbesitzer nach dem ältern Recht zu jeder Zeit, also auch nach Ablauf der Pfandjahre, befugt, so lange der Eigenthümer sein Einlösungsrecht nicht geltend machte. Nach der gegenwärtigen Praxis in Ehstland wird dagegen die Verwandlung des Pfandbesitzes in Eigenthum dem Pfandbesitzer nur während der Dauer der Pfandjahre zugestanden; will er es später thun, so muß er die ausdrückliche Genehmigung des Eigenthümers nachweisen, wenn auch der Pfandcontract mit einem eventuellen Kaufcontract verbunden war. Diese neuere Praxis scheint indeß auf unrichtiger Anwendung der römischen antichretischen Pfandcontracte auf unsern Pfandbesitzcontract zu beruhen, und in Verbindung damit steht auch, daß nach dieser Praxis der Meistbotschilling eines vom Eigenthümer nicht eingelösten, und daher versteigerten Pfandgutes nicht dem Pfandbesitzer, sondern dem Eigenthümer zu Gute kommen soll, während dem Pfandbesitzer nur der Pfandschilling und der Ersatz der etwanigen nachweisbaren nothwendigen und nützlichen Verwendungen zugesprochen wird 45). Es ist dies offenbar der Natur des deutschen Pfandbesitzes zuwider, indem, wie bereits oben 46) gezeigt worden, der Eigenthümer durch Verzichtleistung auf das

---

45) Vgl. v. Bunge's Privatrecht §. 153. Zu demselben Resultat kommt zwar auch die neuere Gesetzgebung (Allerh. bestät. Verordnung vom 24. Decbr 1841 §. 32 u. 33); allein sie verfährt dabei in sofern consequent, als sie überhaupt den Pfandbesitz aus dem Gesichtspunkt einer römischrechtlichen Antichrese betrachtet.

46) S. oben S. 16

Einlösungsrecht aufhört, Eigenthümer zu sein, mithin der Meistbotschilling, wie es auch in Livland practisch ist, ausschließlich dem bisherigen Pfandbesitzer zu gute kommt 47).

II. Von den übrigen Rechten des Eigenthümers.

Weniger entschieden, und zum Theil schwieriger zu beantworten, als die in Betreff des Einlösungsrechts aufstoßenden Fragen, ist die Frage, welche Rechte außerdem dem Eigenthümer des Pfandgutes zustehen. Es kann hier von dreierlei Befugnissen die Rede sein, und zwar namentlich:

1) Wem gebühren die Accessionen des Pfandgutes und der Schatz?

2) Wer hat die auf dem Gute haftenden oder demselben während des Pfandbesitzes erworbenen Realrechte auszuüben?

3) Muß bei Belastungen des Gutes durch Hypotheken, Servituten, Reallasten rc. der Pfandbesitzer die Genehmigung des Eigenthümers einholen?

1. Von den Accessionen des Pfandgutes und von dem Schatze.

Darüber, daß dem Pfandbesitzer die ausgedehnteste und unbeschränkteste Nutzung des Pfandgutes zusteht, ist man durchaus einig. Ebenso wenig kann aber auch darüber ein Zweifel obwalten, daß die Accessionen nicht zu den Nutzungen gehören. Sie werden vielmehr, nament-

---

47) S. v. Bunge l. c.

lich in den Fällen, wo das Accessorium immobil ist, unstreitig dem Pfandgute erworben, Pertinenz desselben, mithin kann der Pfandbesitzer auch an ihnen kein anderes Recht, als am Pfandgute selbst acquiriren; das Eigenthum der Accessionen dagegen muß dem Eigenthümer des Pfandgutes zugesprochen werden. Die im Fluß entstandene Insel, das verlassene Flußbette, das durch Alluvion oder Avulsion dem Pfandgut zugewachsene Land wird mithin von dem Eigenthümer des Pfandgutes als Eigenthum erworben48), dem Pfandbesitzer aber steht der Pfandbesitz daran zu. Bei der Wiedereinlösung des Gutes von Seiten des Eigenthümers muß ihm mithin der Pfandbesitzer auch die Accessionen der Art einräumen, und zwar ohne auf eine Vergütung des Werths Anspruch machen zu dürfen, es sei denn, daß zur Erwerbung der Accession Verwendungen von Seiten des Pfandbesitzers gemacht wurden; denn zum Ersatz solcher Verwendungen ist der Eigenthümer allerdings verpflichtet49). Dieselben Grundsätze müssen auch für die Fälle angenommen werden, in welchen Bewegliches als Accessorium zum Pfandgute tritt; nur mit dem Unterschiede, daß der Pfandbesitzer zur Verabfolgung solcher Accessionen, namentlich Pflanzen und Saaten50), an den Eigenthümer nur in so weit ver-

---

48) Vergl. hinsichtlich des dominium utile Duncker in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. II. S. 203; auch Maurenbrecher a. a. O. §. 246 a. E.

49) S. oben S. 19

50) Bei letzteren sind überdies die vom gemeinen Recht abweichenden Grundsätze unserer Provincialrechte zu beachten. S. v. Bunge's Privatrecht §. 136 (154).

pflichtet ist, als sie zur Zeit der Einlösung noch mit dem Gute verbunden sind; denn vermöge des ihm, dem Pfandbesitzer, zustehenden unumschränkten Nutzungsrechts, hat er ohne Zweifel die Befugniß, auch dergleichen Accessionen, so weit sie zugleich als Früchte erscheinen, durch Separation zu seinem Eigenthum zu machen.

Größere Schwierigkeiten macht die Frage, ob der im Bereiche des Pfandgutes gefundene Schatz — abgesehen von dem dem Finder gebührenden Drittheil — dem Eigenthümer oder dem Pfandbesitzer gebührt? Diese Frage ist bekanntlich bei allen denjenigen Instituten, bei welchen dem Besitzer ein dominium utile zugeschrieben wird, z. B. bei der Emphyteuse, beim Lehn ꝛc. sehr bestritten. Während die neueren Civilisten, und überhaupt die Gegner des sog. dominium utile, für den dominus directus, den wirklichen Eigenthümer, sich erklären 51), sind die Germanisten und Feudisten mehr dem sog. dominus utilis günstig 52). Bei unserem Institute namentlich muß indeß von dem obenfestgestellten Princip ausgegangen werden, daß dem Pfandbesitzer ein möglichst ausgedehntes, dem Eigenthum möglichst nahe kommendes dingliches Recht zusteht; mithin muß in zweifelhaften Fällen, so weit es mit dem Proprietätsrechte des Eigenthümers verträglich ist, für den Pfandbesitzer die Präsumtion streiten. Wenn

---

51) Vergl. z. B. Mühlenbruch's Lehrbuch des Pandectenrechts §. 295, s. auch §. 232 Anm. 4., v. Vangerow's Leitfaden zu Pandectenvorlesungen Th. I. §. 302 Anm. u. a. m.

52) Vgl. Eichhorn's Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 223 Anm. c und die das. angeführten Schriften.

es daher überdies unbestritten ist, daß der Pfandbesitzer das Recht hat, alle auf der Oberfläche der Erde und in deren Schooße befindlichen Erzeugnisse zu nutzen und zu erwerben, wenn ihn namentlich die Nutzung aller unterirdischen Metalle und sonstigen Mineralien zusteht, so müssen wir uns dadurch um so mehr bestimmen lassen, dem Eigenthümer das Recht auf den Schatz abzusprechen, denselben vielmehr dem Pfandbesitzer zuzuerkennen 53).

2. Von den auf dem Gute haftenden Realrechten.

Unter Realrechten sind im Allgemeinen alle diejenigen Rechte zu verstehen, welche dem Grundstück, als solchem, zustehen, so daß das Grundstück als Subject des Rechts, mithin gewissermaßen als personificirt, erscheint, die Ausübung des Rechts aber natürlich durch eine Person vermittelt werden muß 54). Hier entsteht nun die Frage, ob zur Ausübung dieser Rechte der nicht besitzende Eigenthümer, oder derjenige, der ein dingliches, mit Besitz verbundenes Recht (dominium utile) an dem Grundstück hat, zur Ausübung befugt ist? In Beziehung auf unsere Erörterung kommen hier zunächst die Rechte der Landgüter, adeligen Güter oder Rittergüter, in Betracht, und ist mithin zu

53) Dafür spricht sich auch aus **R. A. Lib. Baro de Nolcken**, Diss. de possessione pigneratia ex iure livonico atque esthonico (Lips. 1844. 4.) pag. 31 sq., woselbst auch die Uebereinstimmung der Praxis mit dieser Ansicht bezeugt wird.

54) Zu eng scheint der Begriff der Realrechte, welchen Maurenbrecher a. a. O. §. 347 aufstellt. Die übrigen Germanisten handeln von den Realrechten im Allgemeinen gar nicht, sondern erwähnen ihrer nur gelegentlich, namentlich bei der Lehre von den Rittergütern, wo sie allerdings zunächst vorkommen. S. z. B. Eichhorn a. a. O. §. 288.

untersuchen, ob die Ausübung dieser Rechte oder sog. Privilegien der Landgüter dem Eigenthümer oder dem Pfandbesitzer zusteht?

Hier ist vor Allem zu bemerken, daß ursprünglich, wie in Deutschland 55), so auch in unseren Provinzen, dergleichen Rechte den Gütern nicht als solchen, sondern als Folge des bevorrechteten Standes ihrer Besitzer, der Ritterbürtigen oder des sog. niedern Adels, zustanden 56), so daß der Grundsatz galt: „Frei Mann, frei Gut" 57). Erst seit dem 15. Jahrhundert wurden sie in Deutschland 58), und, wie es scheint, noch später bei uns, wiewohl nicht ohne Ausnahme, wahre Realrechte, insofern der Grundsatz aufkam, daß sie mit dem Gute selbst verbundene Gerechtsame seien, und ihre Ausübung jedem Besitzer des Gutes, ohne Rücksicht auf dessen Stand, zustehe 59). Wenigstens ist dies

55) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 287.

56) Dies scheint auch noch nach dem Privilegium König Sigismund Augusts vom 28. November 1561 angenommen werden zu müssen, da im Art. 21 die Waldnutzung und die Jagdgerechtigkeit nur „omnibus Livoniae proceribus, nobilibus, equitibus, vasallisque" zugesichert wird; allein es ist dabei nicht zu übersehen, daß zu jener Zeit überhaupt nur Ritterbürtige (sie mochten übrigens zum Land- oder Städteadel gehören) Lehn- und Rittergüter erwerben konnten, so wie daß das in Rede stehende Privilegium eben von der Ritterschaft erbeten, daher auch nur ihr ertheilt wurde.

57) Eisenhart, deutsches Recht in Sprüchwörtern. Abth. II. Nr. 16.

58) S. Eichhorn a. a. O.

59) Wann dieser Grundsatz in unseren Provinzen sich ausgebildet, läßt sich schwer bestimmen; jedenfalls hat er seit dem Anfange des 18. Jahrh. bereits gegolten. Vergl. A. W. Hupel, von den Rechten der liv- und esthländ. Landgüter, in dessen nordischen Miscellaneen Stck. 22 u. 23. S. 242 fgg. 274 fgg. und

nicht nur in Betreff derjenigen Realrechte, welche aus dem Nutzungsrechte der Oberfläche des Grundes und Bodens und aller Erzeugnisse desselben oberhalb und im Schooße der Erde, so wie der Erzeugnisse in den Gewässern fließen 60), namentlich also der Jagd- und Fischereigerechtigkeit, unbestritten 61); sondern auch — mit wenigen Ausnahmen — hinsichtlich der anderen Rechte der Rittergüter, als namentlich der Schatzungsfreiheit, der ehemaligen Patrimonialjurisdiction und gegenwärtigen Gutspolizei, des Rechtes des Branntweinsbrandes, der Bier- und Methbrauerei, so wie der Krügerei 62); und wenn auch das

---

G. J. v. Buddenbrock, Beitrag zur Kenntniß der Provincialverfassung Livlands. Hauptstck. V., bes. §. 32.

60) Nicht eingeführt, wohl aber bestätigt wurde dies durch mehrere russische Gesetze: Manifest vom 28. Juni und 22. Septbr. 1782, Adelsordnung vom 21. April 1785 §. 33 und 34, und besonders Manifest vom 12. Decbr. 1801.

61) Nur in Betreff der Jagdgerechtigkeit ist in neuester Zeit die Behauptung aufgestellt worden, daß sie nur adeligen Besitzern von Rittergütern zustände. S. Baron v. Nolcken in der oben Anm. 53 angeführten Dissertation S. 23 fg. S. jedoch darüber unten das Nähere.

62) Den Nachweis darüber, daß alle diese Rechte in Liv- und Esthland wirkliche Realrechte, in der angegebenen Bedeutung dieses Wortes, sind, s. in v. Bunge's Privatrecht §. 87 (85). Vergl. besonders die livländ. Bauerverordnung vom 26. März 1819 §. X, wo die hier in Rede stehenden Rechte „adelige Gutsrechte" genannt werden, und §. XI, wo es von ihnen heißt: „Die gegenwärtigen Güter behalten adelige Rechte." Vorzüglich der letztere Satz schützt gegen eine etwanige Mißdeutung des ersteren, indem dadurch die adeligen Rechte ausdrücklich „den Gütern" zugeschrieben, also für Realrechte erklärt werden. Statt „adlige Gutsrechte" hätte daher in §. X, richtiger gesagt werden müssen: „Rechte der adligen Güter", d. h. der Rittergüter, denn „adeliges Gut" ist die bei uns übliche Benennung für „Rittergut".

Recht, Flecken und Jahrmärkte auf seinem Gute zu errichten, noch gegenwärtig nur Edelleuten zusteht63), so ist es doch gar nicht zweifelhaft, daß ein Gut, auf welchem Flecken und Jahrmärkte bereits errichtet sind, dieser Gerechtsame dadurch keineswegs verlustig geht, daß es von einem Nichtadeligen — sei es als Eigenthum oder als Pfand — erworben wird.

Ebensowenig zweifelhaft ist es aber auch, und wird durch die tägliche Erfahrung bestätigt, daß die meisten von den angeführten Realrechten an den Besitz des Landgutes geknüpft sind, so daß sie der Regel nach von jedem Besitzer, wenn er auch nicht Eigenthümer des Gutes ist, ja zum Theil selbst vom Pachter oder Arendator, vollends also vom Pfandbesitzer ausgeübt werden64). Dahin gehören namentlich, außer der Schatzungsfreiheit, die in Nutzungen aller Art bestehenden Realrechte, das Recht Branntwein zu brennen, Bier und Meth zu brauen, die Krügereigerechtigkeit. Sie werden daher auch in den Gesetzen der Regel nach dem Gutsbesitzer zugeschrieben65), und nur ausnahmsweise dem Grundeigenthümer ausdrücklich vorbehalten66).

Als Regel ist also anzunehmen, daß die Ausübung der Realrechte, — hier der Rechte der Landgüter, —

---

63) Swod der Gesetze über die Stände (Bd. IX.) Art. 212. Swod der Handelsgesetze (Bd. XI.) Art. 2519. Adelsordnung vom 21. April 1785 §. 29.

64) Maurenbrecher a. a. O. §. 348.

65) Vergl. besonders die livländ. Bauerverordnung §. X. u. XI.

66) S. z. B. das esthl. Bauergesetzbuch v. 23. Mai 1816 §. 16 und überhaupt unten.

nicht dem Eigenthümer, sondern dem Pfandbesitzer zusteht. Diese Regel hat aber Ausnahmen, und zwar können letztere auf zweierlei Gründen beruhen: es können nämlich a) einzelne Rechte ausdrücklich dem Eigenthümer vorbehalten sein, b) andere nur von dem adeligen Gutsbesitzer ausgeübt werden. Es sind demnach die Fälle erster Art hier näher festzustellen, und in Betreff der letztern die Verhältnisse zu erörtern, welche eintreten, wenn der Pfandbesitzer nicht Edelmann ist.

Zu den Ausnahmefällen erster Art werden zum Theil gerechnet:

1) Das Patronatrecht. Nach dem canonischen Recht wird das am Gute haftende Patronatrecht von dem Besitzer ausgeübt, und durch jede Veräußerung des Gutes mit diesem übertragen; wird das Eigenthum getheilt, so folgt das Patronat dem dominus utilis, namentlich dem Emphyteuta und dem Vasallen, es sei denn, daß der dominus directus es sich ausdrücklich vorbehalten 67). Diese Grundsätze gelten auch bei den Protestanten 68), und damit stimmt im Wesentlichen auch das evangelisch-lutherische Kirchengesetz f. das russische Reich vom 28. Decbr. 1832 überein, woselbst es heißt:

§. 506: „Das dem Besitzer eines Gutes, in dessen Kirchspiele sich die Kirche befindet, zustehende Patronatrecht geht bei Abtretung oder Verkauf des Gutes auf den neuen Besitzer über“.

---

67) c. 7 u. 13 X. de iure patronatus (III, 38).

68) I. H. Böhmer, ius eccles. Protestantium Lib. II. Tit. 38 §. 00.

Als Ausnahme von dieser Regel wird nur in § 508 angegeben, daß, während des Concurses über ein Vermögen (d. h. Gut), mit dessen Besitz das Patronatrecht verbunden ist, das Consistorium die Stelle des Patrons vertritt", und in §. 506 heißt es: „Mit der Ertheilung von Kronsgütern in erb- und eigenthümlichen Besitz, geht auch das mit denselben verbundene Patronatrecht auf den Eigenthümer über 69); wenn aber das Gut nur auf Lebenszeit oder auf eine gewisse Reihe von Jahren verliehen wird, so verbleibt dieses Recht der hohen Krone". Dies letztere kann offenbar nur von dem sog. Arendebesitz verstanden werden.

Demzufolge wurde auch in unseren Provinzen das auf Pfandgütern haftende Patronatrecht nicht von dem Eigenthümer, sondern von dem Pfandbesitzer ausgeübt 70), bis in neuester Zeit in Livland eine Veränderung vorging. Nach dem im Jahre 1839 gefaßten und von dem Generalgouverneur bestätigten livländischen Landtagsschlusse soll nämlich das Patronatrecht, bei Verpachtung oder Verpfändung eines adeligen Gutes, nicht auf den temporellen Besitzer übergehen, sondern dem Grundeigenthümer verbleiben, es sei denn, daß dieser zur Ausübung dieses Rechts in seinem Namen den temporellen Besitzer speciell bevollmächtigt hätte. — Dennoch hat auch diese Verord-

---

69) Dies bestimmten auch schon zwei in besonderen, Livland betreffenden Fällen erlassene Senatsukasen vom 27. Juli 1781 und vom 13. Mai 1787. S. G. J. v. Buddenbrock's Sammlung der Gesetze Bd. II. S. 1138 fgg.

70) Vergl. auch Baron v. Nolcken a. a. O. S. 32.

nung das ältere Recht nur scheinbar alterirt, indem sie nicht wohl auf die alten vieljährigen, erblichen Pfandgüter bezogen werden darf. Einestheils nämlich kann ihr auf die alten Pfandcontracte und die wohlerworbenen Rechte der Pfandbesitzer keine rückwirkende Kraft beigemessen werden; anderntheils ergiebt sich schon aus dem für die Pfandbesitzer gebrauchten Ausdruck: „temporelle Besitzer", so wie aus deren Gleichstellung mit den Pächtern, daß das Gesetz nur den auf wenige Jahre beschränkten Pfandbesitz des neueren Rechts, keinesweges aber den alten, erblichen Pfandbesitz im Auge gehabt71).

2) Die Gutspolizei wird in den Bauergesetzen

71) Dadurch erledigt sich auch für die alten Pfandgüter die von Baron v. Nolcken a. a. O. in Anregung gebrachte Frage, in wiefern der Pfandbesitzer, dem die Ausübung des Patronatrechts kraft Specialvollmacht übertragen ist, dieselbe bei der Cession des Pfandbesitzes auf den Pfandcessionar übertragen darf. An sich und in Beziehung auf den Pfandbesitz des neuern Rechts ist übrigens die Frage nicht ohne Belang: wir möchten sie indeß anders beantworten, als es von Nolcken geschehen. Da nämlich die beiden Rechte — Pfandbesitz und Patronatrecht — unter ganz verschiedenen Titeln übertragen sind, so sind sie auch von einander ganz unabhängig, und kann daher bei einer Cession des Pfandbesitzes von einer Uebertretung des Patronatrechts, als Folge der Cession, natürlich nicht die Rede sein. Wohl aber dürfte, da der Regel nach jeder Mandatar befugt ist, sich einen Substituten zu bestellen (fr. mandati vel contra XVII, 1), dies Recht auch dem Pfandbesitzer, als Mandatar des Eigenthümers, in Betreff des Patronatrechts beigemessen werden, und so würde denn der Pfandcessionar, zwar nicht als solcher, wohl aber als mandatarius substitutus auch die Ausübung des Patronatrechts erhalten können. Das für die Begründung der entgegengesetzten Ansicht von v. Nolcken aus dem persönlichen Vertrauen des Eigenthümers zum ersten Mandatar hergenommene Argument hat keinen rechtlichen Grund.

alle drei Provinzen ausdrücklich dem Grundeigenthümer, als solchem, zugeschrieben. ihm jedoch das Recht ertheilt, dieselbe mit Vorwissen der Obrigkeit auf einen Andern zu übertragen:

Esthländ. Bauergesetzbuch vom 23. Mai 1816 §. 16: „Dem Gutsherrn verbleibt — — das vollkommene Eigenthumsrecht an dem Grund und Boden, weshalb ihm eine polizeiliche Gewalt über die Gemeinden seines Gutes, so wie über die einzelnen Mitglieder derselben zusteht". §. 238: „Die Gutspolizei ist dem Gutsherrn übertragen". — — — §. 239: „Treten Fälle ein, wo der Gutsherr die Verwaltung der Gutspolizei einem Andern übertragen will, so ist er gehalten, diesen seinen Stellvertreter dem Hakenrichter namentlich anzuzeigen".

Curländ. Bauergesetzbuch vom 25. August 1817 §. 16: „Dem Gutsherrn verbleibt — — das auf heiligen Grundgesetzen beruhende vollkommene Eigenthumsrecht an dem Grund und Boden. Auch steht ihm eine polizeiliche Gewalt über die Gemeinde seines Guts, so wie über die einzelnen Mitglieder derselben, zu". §. 254: „Die Gutspolizei ist dem Gutsherrn übertragen, und derselbe hat das Recht, solche einem Andern aufzutragen, jedoch ist er alsdann verpflichtet, seinen Stellvertreter namentlich beiden Abtheilungen der Hauptmannsgerichte (gegenwärtig dem Hauptmanns- und dem Kreisgericht) anzuzeigen. Dem Cameralhof (gegenwärtig dem Domainenhof) ist es überlassen, die Gutspolizei auf den Kronsgütern an wen er will zu übertragen".

Livländische Bauerverordnung vom 26. März 1819 §. 63: „Der Gutsherr hat polizeiliche Gewalt über die

Gemeinde seines Gutes, und über die einzelnen Mitglieder derselben." §. 134: „Die Gutspolizei wird der Gutsverwaltung übertragen. Wenn der Gutsherr die Ausübung derselben einem Andern überträgt, so muß er seinen Stellvertreter namentlich bei dem Kirchspielsgerichte anzeigen. Auf Kronsgütern überträgt der Cameralhof (gegenwärtig der Domänenhof) die Gutspolizei, an wem er es für gut befindet, und läßt das Kirchspielsgericht jedesmal davon benachrichtigen".

Nach diesen Gesetzen — besonders nach den beiden ersteren — scheint es unzweifelhaft, daß die Gutspolizei nur dem Eigenthümer des Gutes, also auch beim Pfandgute dem Verpfänder oder dessen Rechtsnehmer, nicht dem Pfandbesitzer, zusteht, wenn sie letzterm nicht ausdrücklich von ersterem mit übertragen und dem competenten Richter darüber Anzeige gemacht worden. Im Falle einer Uebertragung aber würde der Pfandbesitzer die polizeiliche Gewalt nur für seine Person erwerben — denn er soll ja „als Stellvertreter" „namentlich" der Obrigkeit angezeigt werden; — er kann sie also bei einer Pfandcession nicht auf den Cessionar weiter übertragen, nur der Gutseigenthümer darf sie diesem, unter wiederholter Anzeige an die Obrigkeit, überlassen. — Mit dem allen steht jedoch die Praxis in allen drei Ostseeprovinzen in directem Widerspruch: überall wird dem Pfandbesitzer als solchem auch die Gutspolizei zugestanden, ohne daß es einer speciellen Uebertragung und einer Anzeige an die Obrigkeit bedürfte; nirgends übt sie der Gutseigenthümer auf dem verpfändetem Gute, auch nicht minder bei Pfandcontracten des neueren Rechts, aus. Und diese Praxis wird gar nicht

als mit dem Gesetze im Widerspruch stehend, vielmehr für vollkommen rechtsbeständig angesehen, indem man zu sehr gewohnt ist, dem Pfandbesitzer, wie es auch in dem Wesen des Instituts begründet ist, alle gutsherrlichen Rechte beizumessen, ihn als wahren Gutsherrn, gleich dem Eigenthümer, anzusehen; zumal die Einräumung der Gutspolizei bei Pfandgütern an den Eigenthümer zu endlosen Conflicten führen würde. Man muß dies mithin als eine wohlbegründete usuelle Interpretation des Gesetzes ansehen; und wir möchten nicht daran zweifeln, daß es keinesweges der Wille der Redactoren der Bauergesetzbücher gewesen, dem Pfandbesitzer die Gutspolizei zu entziehen, daß mithin besonders im esthländischen und curländischen Gesetzbuch nur durch mangelhafte Fassung des Ausdrucks, und weil man nicht gerade den Pfandbesitz im Auge hatte, also unabsichtlich, eine Beschränkung dieses Rechts auf den Gutseigenthümer sich eingeschlichen.

Somit wären die beiden auf dem ersten Grunde beruhenden Ausnahmefälle in Beziehung auf die alten Pfandgüter, von denen hier die Rede ist, nur scheinbare gewesen, und wir können jetzt zur Erörterung der auf den zweiten Grund sich stützenden Ausnahmen übergehen. Es gehören dahin diejenigen Realrechte, deren Ausübung bloß adeligen Gutsbesitzern zugestanden ist, von denen also der nicht adelige Pfandbesitzer ausgeschlossen ist. Es sind namentlich folgende:

1) Das Recht, auf dem Gute Flecken oder sog. Hakelwerke anzulegen und Jahrmärkte zu errichten 72).

72) Adelsordnung vom 25. April 1785 § 29, Swod der Gesetze über die Stände (Bd. V.) Art. 212, Swod der Handelsgesetze (Bd. IX.) Art. 2519.

Daß der Pfandbesitzer, wenn er auch nicht von Adel, die auf dem Pfandgute bevor er es gepfändet bereits bestehende Flecken- und Jahrmarktsgerechtigkeit auch fortgeneißt, ist bereits früher bemerkt worden73). Hier fragt es sich nur, ob der Eigenthümer während der Dauer der Pfandjahre auf dem Pfandgute Flecken anlegen und Jahrmärkte errichten darf? Ohne Genehmigung des Pfandbesitzers ist ihm dies ohne Zweifel nicht zu gestatten, weil er sich durch die Verpfändung des Gutes aller Dispositionen über dasselbe, ja selbst aller Controle über die Disposition des Pfandbesitzers, begeben hat. Dagegen scheint der Ausübung dieser Befugnisse von Seiten des Eigenthümers mit Einwilligung des Pfandbesitzers kein Hinderniß entgegenzustehen.

2) Das Recht, auf dem Gute **Fabriken** aller Art anzulegen, ohne deshalb zu einer Handelsgilde steuern zu müssen74). Auch hier ist die Berechtigung des Eigenthümers während der Dauer der Pfandjahre, aus demselben Grunde, wie bei den unter Nr. 1 erwähnten Berechtigungen, an die Einwilligung des Pfandbesitzers geknüpft; nur darf die Fabrik in solchem Fall keineswegs für Rechnung und zum Vortheil des Pfandbesitzers errichtet werden, indem dieser, wenn er nicht von Adel ist, auch eine bei der Pfändung bereits bestehende Fabrik ohne Zweifel nicht anders für seine Rechnung im Gange erhalten darf, als gegen Entrichtung der entsprechenden Handelssteuer.

---

73) S. oben S. 32.

74) Adelsordnung v. J. 1785 § 28. N. U. vom 21. Decbr. 1827 § 13. Swod der Gesetze über Fabriken und Gewerbe Art. 51.

3) Bloß der immatriculirte liv- und esthländische Adel hat das Recht, sein Getreide in den Städten auf Speculation aufzuschütten und sich mit seinen Hofsbedürfnissen durch directen Einkauf von Fremden in den Hafenstädten zu versorgen 75). Da diese Befugnisse, der Natur der Sache nach, durch den factischen Besitz und Nießbrauch des Gutes bedingt sind, so versteht es sich von selbst, daß sie von dem nicht besitzenden Eigenthümer des Pfandgutes nicht ausgeübt werden dürfen, und daher — wenn der Pfandbesitzer nicht immatriculirter Edlmann ist — während der Dauer der Pfandjahre ruhen müssen.

4) Das wichtigste der hieher gehörigen Rechte ist die Landtagsfähigkeit und das damit in Verbindung stehende Recht, an anderweiten Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen der Ritterschaft Theil zu nehmen. Die volle Landtagsfähigkeit, d. i. die Befugniß, bei allen Verhandlungen des Landtages Sitz und Stimme zu haben, ist gegenwärtig in sämmtlichen Ostseeprovinzen im Allgemeinen und der Regel nach an zwei Requisite gebunden, die vereint vorhanden sein müssen: Besitz eines Rittergutes und Mitgliedschaft der respectiven adeligen Corporation oder Ritterschaft 76). Im Einzelnen be-

75) Vertrag der esthländ. Ritterschaft mit Reval vom J. 1543, esthländ. Ritter- und Landrecht Bd. VI. Tit. 5. Art. 1. Vergleich zwischen der Ritterschaft und den Städten Livlands vom 15. Jan. 1593. Rigische Handelsordnung vom December 1765 § 56 u. a. m. S. überhpt. v. Bunge's Darstellung des russischen Handelsrechts § 64.

76) Provincialrecht der Ostseegouvernements vom 1. Juli 1845 Th. II. Art. 97, 191, 210, 211, 276.

bestehen aber in jeder Provinz Eigenthümlichkeiten: in Curland ist nur derjenige immatriculirte Edelmann auf den ritterschaftlichen Versammlungen stimmberechtigt, der ein Rittergut „als volles Eigenthum" besitzt77); in den übrigen Provinzen dagen (Livland, Oesel, Esthland) kommt es auf den Besitztitel nicht an: nicht nur Eigenthümer, sondern auch Pfand- und Arendebesitzer haben, wenn sie zum immatriculirten livländischen Adel gehören, Sitz und Stimme in allen Angelegenheiten78). In Oesel haben auch nicht immatriculirte Edelleute, welche Pfandgüter auf der Insel besitzen, das Recht, am Landtage Theil zu nehmen, sie dürfen aber nur über die Bewilligung nach Haken mitstimmen79); in Livland steht dasselbe beschränkte Recht sowohl adeligen, als bürgerlichen Rittergutsbesitzern, sie mögen Eigenthümer oder Pfandbesitzer sein, zu80). Die nicht immatriculirten Pfandbesitzer haben demnach in Livland und auf Oesel nur ein beschränktes, in Esthland und Curland aber gar kein Stimmrecht. Die Frage aber, ob für solche Güter nicht dem Eigenthümer derselben ein Stimmrecht gebührt? ist verneinend zu beantworten, weil das Stimmrecht ausdrücklich durch den Besitz eines Rittergutes bedingt ist, mithin Eigenthum ohne Besitz ein solches Recht keinesweges verleiht81). — Was im Vorhergehenden

77) Das. Art. 276.

78) Das. Art. 61 vergl. mit Art. 97, Art. 179 vergl. mit Art. 191, Art. 210 u. 211.

79) Das. Art. 191.

80) Das. Art. 100.

81) Alles Rechtsgrundes entbehrt die Unterscheidung, welche hier Baron v. Nolcken a. a. O. S. 33 fg. gemacht wissen will, indem er annimmt, daß wenn der Pfandcontract mit einem eventuel-

über die Stimmberechtigung der Güter gesagt ist, gilt in Curland für alle ritterschaftlichen Versammlungen82), in Esthland auch für die Kreistage83). — Auf den Kirchspiels- u. Kirchenconventen in Liv- und Esthland haben sämmtliche Besitzer der Güter, als solche, — also nicht auch die Eigenthümer, als solche — und zwar ohne Unterschied des Standes, Sitz und Stimme84); nur sind in Esthland die steuerpflichtigen Gutsbesitzer davon ausgeschlossen85). Aber auch von ihrer Stellvertretung durch den Eigenthümer ist nicht die Rede. Was endlich die Versammlungen der Creditvereine anlangt, so sind in Curland sämmtliche Mitglieder, also auch die Pfandbesitzer, ohne Rücksicht auf ihren Stand, stimmberechtigt86); in den beiden anderen Provinzen dagegen haben nur diejenigen Pfandbesitzer ein Stimmrecht, welche zum Eigenthumserwerb

---

len Kaufcontract verbunden ist, das Stimmrecht dem Pfandbesitzer, wenn nicht, dasselbe dem Eigenthümer des Pfandgutes ausschließlich gebühre. Denn dem Pfandbesitzer, als solchem, nicht als eventuellen Eigenthümer, wird vom Gesetz das Stimmrecht zugesprochen, und ist dessen Recht auf das Pfandgut durch die Hinzufügung der lex commissoria, so lange er von dieser noch keinen Gebrauch gemacht, ebensowenig ein ausgedehnteres, als das des Verpfänders, ein geringeres. Letzterer darf ohne Zweifel, trotz des hinzugefügten eventuellen Kaufcontracts, wenn der Pfandbesitzer davon im Laufe der Pfandjahre keinen Gebrauch gemacht, nach deren Ablauf sein Einlösungsrecht so gut geltend machen, wie wenn keine lex commissoria hinzugefügt gewesen wäre.

82) Provincialrecht a. a. O. Art. 276.

83) Ebendas. Art. 271.

84) Vergl. die Instruction der Oberkirchenvorsteher in Livland v. J. 1774, livl. Bauerverordn. v. 1819 §. XI ꝛc.

85) Regierungspublicat vom 1834.

86) Reglement des curländischen Creditvereins vom 24. Januar 1830 § 156 vergl. mit § 1 und 26.

eines Rittergutes fähig sind, also in Livland alle erbadeligen Pfandhalter87), in Esthland nur die zum Corps der Ritterschaft gehörigen88). In allen Fällen, wo der Pfandbesitzer nicht stimmberechtigt ist, ist es auch hier der Eigenthümer des Pfandgutes nicht, weil er nicht Besitzer, das Stimmrecht aber an den Besitz geknüpft ist.

In neuerer Zeit, und namentlich von dem Baron v. Nolcken89), ist die Behauptung aufgestellt worden, in Liv- und Esthland dürfe der nicht adelige Pfandbesitzer die Jagdgerechtigkeit auf dem Pfandgute nur dann ausüben, wenn sie ihm von dem Verpfänder ausdrücklich übertragen sei, weil einestheils nach dem Privilegium Sigismund Augusts vom J. 1561 die Jagdgerechtigkeit in Livland nur vom Adel, anderntheils nur vom Gutseigenthümer ausgeübt werden dürfe. Allein für den letztern Satz fehlt es an jeder festern Begründung, denn für eine solche wird man wohl schwerlich das nachstehende Raisonnement ansehen: „Tamen hae posteriores leges (durch welche nämlich das im Privilegium Sigismund Augusts dem Adel ertheilte Recht der sog. freien Pürsch auf die Gränzen eines jeden Gutsherrn beschränkt worden) cum prioribus in eo congruunt, quod liberae venationis ius soli nobilitati tribuunt. Quod ita esse, intelligitur licet vel ex appellatione „dominorum praediorum equestrium." Nam nisi qui nobili loco nati (eingeborne Edel-

---

87) R. J. L. Samson v. Himmelstiern, das livländische Creditsystem (Riga, 1838. 8.) § 81.

88) Das esthländische Creditsystemsreglement v. 4. Febr. 1846 § 14.

89) In der angef. Dissertation S. 23 fg.

leute?) essent, in Livonia et Esthonia non possent praediorum dominium acquirere 90), idem isto loco est nomen „praedii domini“ ac nobilis.“ Solche Schlüsse sind zur Begründung eines Rechtssatzes nicht genügend, und möchten eine ausführlichere Widerlegung überflüssig machen. Was aber den ersten Beweisgrund anbetrifft, daß nämlich die Jagdgerechtigkeit ein ausschließliches Recht des Adels sei, so ist es zwar allerdings richtig, daß das Privilegium Sigismund Augusts dem Adel die Jagdgerechtigkeit, und namentlich die freie Pürsch, zusichert, und ebenso wahr, daß in der Folge die freie Pürsch aufgehoben und jeder Gutsbesitzer in Betreff dieser Gerechtigkeit auf die Gränzen seines Guts beschränkt wurde. Dagegen ist es vollkommen ungegründet, daß die Jagdgerechtigkeit auch hiernach ein ausschließliches Recht des Adels, als solchen, blieb. Vielmehr ist oben 91) nachgewiesen worden, daß sie, gleich den übrigen Nutzungen, ein Realrecht der Rittergüter wurde, woran auch in der heutigen Praxis nicht gezweifelt wird. Wenn nun aber dem Pfandbesitzer die unumschränkteste Nutzung des Pfandgutes zusteht, so

---

90) Zur Begründung dieses letztern Satzes wird in einer Anmerkung gesagt: „Nam rustici, qui proprios fundos possident, tamen a venatione exclusi sunt. Ordo rusticorum Livonic. § XI.“ Der Verf. hat hier aber nicht beachtet, daß die Grundstücke, welche von Bauern besessen werden, Bauergüter (Gesinde, Landstellen) sind, deren Besitzer allerdings, aber eben nur weil es Bauergüter sind, keine Jagdgerechtigkeit haben. Rittergüter können bekanntlich von Bauern weder eigenthümlich, noch zu Pfandbesitz erwerben, ja nach dem neuesten Recht nicht einmal gepachtet oder arendirt werden (Allerh. bestät. Reichsrathsgutachten vom 1. [S. U. v. 23.] Juni 1845).

91) S. oben 30 fg.

kann ihm — er mag Edelmann sein oder nicht — auch die am Gute haftende Jagdgerechtigkeit nicht abgesprochen werden, wenn der Verpfänper sich dieselbe nicht bei der Verpfändung ausdrücklich vorbehalten hat. Selbst die Mitjagd kann dem Eigenthümer des Pfandgutes, ohne ausdrücklichen Vorbebalt, nicht zugestanden werden.

Endlich muß hier noch bemerkt werden, daß das Recht Mühlen anzulegen in Livland zwar auch zu den Rittergutsberechtigungen gerechnet wird92), deshalb aber nicht bloß adligen Gutsbesitzern, auch nicht bloß Gutseigenthümern zusteht, mithin vom Pfandbesitzer, wes Standes er auch sei, auf dem Pfandgute ausgeübt werden darf, ohne daß er die Einwilligung des Eigenthümers nachzusuchen nöthig hat.

III. Von der Beschwerung des Pfandgutes mit dinglichen Lasten.

Es ist bereits früher angegeben worden, daß nach der Natur des Pfandbesitzes und nach unbestrittener Praxis der Eigenthümer eines Pfandguts nicht befugt ist, dasselbe auf irgend welche Weise dergestalt zu belasten, daß dadurch irgend das Nutzungs- und Verfügungsrecht des Pfandbesitzers beeinträchtigt wird. Er darf also weder Hypotheken, noch Servituten, noch Reallasten an dem

---

92) Livländ. Bauerverordnung vom J 1819 § XI und § 484 P. 4.

Gute bestellen, noch irgend welche andere dingliche Rechte daran dritten Personen einräumen: nur zur freien Veräußerung seines Einlösungsrechts ist er befugt93). Dagegen liegt es ebensosehr in dem Wesen des Pfandbesitzers und ist ebenso unbestritten in der Praxis, daß der Pfandbesitzer zur unbeschränkten Belastung des Pfandgutes mit Hypotheken befugt ist94). Wohl aber kann hier noch die Frage entstehen, ob der Pfandbesitzer zu solcher Belastung nicht der Einwilligung des Eigenthümers bedarf, desgleichen ob er das Pfandgut mit dinglichen Lasten anderer Art, deren Ablösung nicht ebenso leicht ausführbar ist, wie die der Hypotheken, ohne des Eigenthümers Einwilligung beschweren darf. Was

1) die Bestellung von Hypotheken betrifft, so enthält das livländische Creditreglement vom 24. Novembr. 1802 darüber eine interessante Bestimmung. Es verordnet nämlich der

§ 17: „Den Pfandhaltern der Güter kann nur gestattet werden, diese bis auf die ersten zwei Drittheile desjenigen Quantums mit Pfandbriefen zu beschweren, wofür das Gut nach Maßgabe des Pfandcontracts verpfändet worden ist95); und darf es überhaupt nur stattfinden, wenn die Districtsdirection durch Mehrheit der Stim-

93) S. oben S. 20 fg.

94) S. oben S. 5.

95) Der Beschluß der Generalversammlung vom 5. September 1803 setzt fest, daß dies auch in dem Fall gelten soll, wenn der nach dem Hakenwerthe oder nach specieller Abschätzung sich ergebende Werth des Gutes den Pfandschilling übersteigt.

men findet, daß der ehemalige Pfandschilling den jetzigen gewissen nutzbaren Werth nicht übersteige. Wird hiebei einiges Bedenken gefunden, so kann dieses nie ohne vorgängige Taxe und ohne ausdrückliche Einwilligung des Pfandgebers, als wahren Eigenthümers, geschehen."

Zwar ist hiernach die Bestellung einer Hypothek von Seiten des Pfandbesitzers zum Besten der Creditcasse gestattet, allein nur bis zu einem gewissen Betrage nicht des Gutswerthes, sondern des Pfandschillings, während dem Gutseigenthümer ein Credit im Betrage von zwei Drittheilen vom taxirten Werth des Gutes von der Creditcasse bewilligt wird96). Man könnte hieraus schließen, daß dem Pfandbesitzer nicht auf das Pfandgut, sondern auf den Pfandschilling creditirt wird, und diese Ansicht wird dadurch bestärkt, daß im Falle eines Zweifels darüber, ob der Pfandschilling dem Werthe des Gutes gleichkommt, die ausdrückliche Einwilligung des Pfandgebers, als Eigenthümers, verlangt wird. Diese dem Wesen des Pfandbesitzes durchaus nicht entsprechende Ansicht ist ohne Zweifel durch die Verwechselung des Pfandbesitzes mit der römischrechtlichen Antichrese entstanden, und es kann ihr um so weniger eine ausgedehntere Wirksamkeit beigelegt werden, als der Zweck dieser Bestimmung offenbar nur die größere Sicherung der Creditcasse ist97).

96) Livländ. Creditreglement vom 24. November 1802 § 3 und 62. v. Samson, das livländ. Creditsystem § 152.

97) Bemerkenswerth ist es, daß der Schlußsatz des § 17 des livl. Creditreglements, welcher die Einwilligung des Eigenthümers

Dem curländischen Creditreglement ist eine solche Beschränkung der Pfandbesitzer nicht bekannt, vielmehr heißt es in demselben:

„§ 26. Erbpfandbesitzer haben in Absicht der Aufnahme (in den Creditverein) mit den Erbeigenthümern gleiche Rechte,"

und nirgends finden sich Ausnahmen zu ihrem Nachtheil festgestellt, wie denn in Betreff des Betrages der zu verwilligenden Pfandbriefsschuld es nur ganz allgemein — ohne Unterscheidung der Eigenthümer und Pfandbesitzer — heißt:

„§ 22. Die Darlehne, welche auf die Hypothek der dem Creditvereine verpfändeten Güter bewilligt werden, können nicht mehr betragen, als ein Drittel oder die Hälfte ihres reglementarisch ausgemittelten Werthes."

Das esthländische Creditreglement kennt gleichfalls keine andere Beschränkung des Pfandbesitzers, als den bereits oben98) erwähnten Mangel der Stimmberechtigung; aber auch in der esthländischen Praxis wird der Grundsatz des livländischen Reglements befolgt, daß das Pfandbriefsdarlehn zwei Drittheile vom Werthe des Pfandschillings nicht übersteigen darf.

Jedenfalls ist indeß — wie gesagt — diese zur Sicherung der Creditcasse angeordnete Beschränkung nicht als Norm für andere Darlehen anzunehmen, und daher dem Pfandbesitzer nicht zu verwehren, falls seine Gläubi-

---

verlangt, in der neueren v. Samson'schen Bearbeitung des Reglements § 144 u. 145 weggelassen ist.

98) S. oben S. 42 fg.

ger damit zufrieden sind, das Pfandgut auch über den Betrag des Pfandschillings mit Hypotheken zu beschweren, ohne daß dem Gutseigenthümer irgend ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden darf. Dies ist auch in der Praxis allgemein anerkannt, und wird daher auch bei der Ingrossation der Hypothek nie die Einwilligung des Eigenthümers verlangt.

2) Die Beschwerung des Pfandgutes von Seiten des Pfandbesitzers mit anderweitigen dinglichen Lasten, namentlich mit Servituten und Reallasten, war nach dem ältern Recht schon wegen der perpetuellen Natur solcher Lasten, und weil sie nicht an Zeit und Bedingungen geknüpft werden dürfen99), unzulässig, da der Pfandbesitz selbst ein widerrufliches Recht ist. Durch die Grundsätze aber, welche das neuere Provincialrecht über die Deterioration der Pfandgüter aufgestellt hat100), und in Folge deren der Pfandbesitz besonders dem Eigenthum genähert worden, ist dies als abgeändert anzusehen. Es muß darnach die Bestellung von Servituten und Reallasten, durch welche der Werth des Pfandgutes verringert wird, ohne Zweifel aus demselben Gesichtspunkt, wie jede anderweitige Deterioration des Pfandgutes, betrachtet werden. Der Regel nach hat mithin der Eigenthümer, da er durch die Verpfändung aller Disposition und Controle entsagt hat, kein Widerspruchsrecht; daher kann auch von einer Einholung

---

99) Fr. 4 D. de servitut. (8, 1.), fr. 28 D. de servit. praed. urb. (8, 2), fr. 23 § 1 D. de servit. praed. rust. (8, 3) etc. Vergl. auch Budde in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. IX. S. 433 fg.

100) S. oben S. 13.

seiner Einwilligung die Rede nicht sein, sondern höchstens nur von einer Entschädigung desselben bei der Einlösung des Gutes nach Ablauf der Pfandjahre.

Das schließliche Resultat unserer Untersuchung ist, daß dem Eigenthümer eines Pfandgutes während der Dauer der Pfandjahre nur die Proprietät am Pfandgute zusteht, und daß diese sich nur äußert:

1) in dem erst nach Ablauf der Pfandjahre geltend zu machenden Einlösungsrecht;
2) in der Erwerbung der Proprietät an den Accessionen des Pfandgutes;
3) in der Ertheilung der Einwilligung zur Anlegung von Flecken und Errichtung von Jahrmärkten an den nicht adeligen Pfandbesitzer, vorausgesetzt daß der Eigenthümer selbst den Erbadel hat.
4) In Livland gebührt dem Eigenthümer der nach neuerem Recht auf kurze Zeit verpfändeten Güter die Ausübung des auf dem Gute haftenden Patronatrechts.

Alle übrigen aus dem Eigenthum fließenden Rechte stehen dem Pfandbesitzer zu, und zwar darf er sie selbstständig und in eigenem Namen, ohne der Einwilligung oder Bevollmächtigung des Eigenthümers zu bedürfen, ausüben.

II.

Zur Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht nach esth-, liv- und curländischem Recht.

Von Dr. C. O. v. Madai.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Bd. IV. Nr. II.)

Ich habe in der bisherigen Darstellung mich lediglich auf die Erörterung der gemeinrechtlichen Grundsätze über das stillschweigende Pfandrecht des creditor in restitutionem aedium beschränkt. Diese vorauszuschicken schien mir aus einem zwiefachen Grunde unerläßlich. Einmal weil dieselben in denjenigen unserer Provincialrechte, welche keine näheren oder abweichende Bestimmungen darüber enthalten, als fortwährend geltendes Recht betrachtet werden müssen, sodann aber, weil selbst die in anderen unserer Provincialrechte sich vorfindenden Modificationen unsers fraglichen Pfandrechts, erst durch ihre Vergleichung mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen recht anschaulich werden, und zum Theil durch dieselben sich bestimmter abgränzen lassen. Die umfassendsten solcher Modificationen finden wir im

§ 2.

Esthländischen Landrecht.

Es verordnet nämlich des Ritter- und Landrechts

B. IV. Tit. 6. Art. 24: So auch jemand einem ein Haus oder Gut verkaufet, oder zur Erbauung, Besserung und Unterhaltung eines Hauses oder

Gutes, Geld oder Anderes dargeliehen, dasselbe Geld auch darzu angewendet worden, so ist dem Verkäufer oder Ausleiher solch Haus oder Gut stillschweigend verpfändet.

Daß die allgemeinere Quelle dieser Bestimmung das römische Recht sei, leuchtet sofort ein. Dafür sprechen, ganz abgesehen vom dem Inhalte, schon die lediglich dem römischen Rechte entlehnten Citate 1), wobei es allerdings auffallend ist, daß gerade die Hauptstelle, auf welche vorzugsweise unser gesetzliches Pfandrecht sich stützt, die L 1. D. in quibus causis pignus tac. contr. mit Stillschweigen übergangen ist, und statt dessen eine Stelle angeführt wird, in welcher nur gelegentlich davon und zwar von dem Vorzuge der pfandrechtlichen privilegia dotis vor den ähnlichen Privilegien der creditores in restitutionem aedificii die Rede ist. Ohne Zweifel schöpften die Verfasser des R. und LR., wie in der Regel, so auch hier, ihre Belege nicht unmittelbar aus den Quellen selbst, sondern aus den Werken damals besonders angesehener Schriftsteller, deren Ansichten und Meinungen denn auch einen nicht geringen Einfluß auf die Bestimmungen des R. und LR. selbst ausgeübt haben. Müssen wir nun auch, von rein wissenschaftlichem Standpunkte aus, diese Ansichten oft als Irrthümer und offenbare Mißverständnisse bezeichnen, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß dieselben eben durch ihre Aufnahme in das

1) L. 81 (muß heißen L. 31) § 8 D. de aedilitio edicto (21, 1). L. 22 D. de heredit. petit (5, 3). Auth. quo iure. C. qui potiores in pignore (8, 18).

R. und LR. gewissermaßen sanctionirt worden sind und Rechtskraft erlangt haben. Vergleichen wir nun den Inhalt des angeführten Artikels mit unsern obigen gemeinrechtlichen Ausführungen, so treten folgende nicht unwesentliche Abweichungen hervor:

1) Der Artikel sagt: „so auch jemand einem ein Haus oder Gut verkauft — — so ist dem Verkäufer — — solch Haus und Gut stillschweigend verpfändet." Sehr bestimmt wird hierin ein gesetzliches Pfandrecht des Verkäufers an der von ihm verkauften Sache, zur Sicherstellung des noch nicht gezahlten Kaufgeldes ausgesprochen. Ob aber ein solches wohl auch dem römischen Rechte bekannt ist? Unsere gangbarsten und angesehensten älteren wie neueren Pandecten-Compendien und Lehrbücher erwähnen dieses Pfandrechts nirgends. Dennoch läßt sich, wie ich glaube, mit Evidenz der Nachweis führen, daß auch dem römischen Recht ein derartiges Pfandrecht nichts weniger als unbekannt sei. Indeß muß die weitere Ausführung dieses Punktes, der mit dem Gegenstande unserer vorliegenden Untersuchung nur in entfernterem Zusammenhange steht, einer besonderen Abhandlung vorbehalten bleiben.

2) Das römische Recht legt unser stillschweigendes Pfandrecht nur demjenigen bei, welcher Geld zum Wiederaufbau eines Hauses vorgestreckt hat[2]. Das Ritter- und Landrecht huldigt den Theorieen älterer Rechtslehrer, und läßt das Pfandrecht auch dann eintreten, wenn

---

2) Vgl. die früheren Ausführungen in Bd. IV. Hft. 1. S. 49 fg. S. 52 fg.

„Geld oder Anderes", sei es nun zur Besserung oder „Erbauung und Unterhaltung" und zwar eines „Hauses oder Gutes", dargeliehen worden ist. Der Schiffe, denen nach gemeinem Recht von so vielen ein gleiches Vorrecht eingeräumt wird 3), ist freilich in dem vorliegenden Artikel des R. und LR. nicht ausdrücklich gedacht, und so könnte hinsichtlich ihrer allerdings ein Zweifel entstehen. Denn der Ausdruck „eines Hauses oder Gutes" könnte anscheinend sehr natürlich auf Immobilien beschränkt werden. Geht man nun von der Ansicht aus, daß eine Abweichung von den gemeinrechtlichen Principien nur in soweit anzunehmen sei, als dieselbe sich durch klare und bestimmte Aussprüche des R. und LR. begründen läßt, so würde das stillschweigeude Pfandrecht an Schiffen, zu deren Ausbesserung Geld dargeliehen worden, verworfen werden müssen. Nimmt man indeß andrerseits Rücksicht auf die zur Zeit der Abfassung des R. und LR. herrschende gemeinrechtliche Theorie, welche auch bei Schiffen unser stillschweigendes Pfandrecht zur Anwendung brachte, so dürfte im Sinne der Verfasser des R. und LR. dem Ausdruck „Haus oder Gut" eine weitere Bedeutung untergelegt und somit das stillschweigende Pfandrecht auch für credita in restitutionem et exstructionem navium, ja vielleicht Sachen aller Art, behauptet werden müssen.

3) Unser Artikel 24 verlangt, daß „dasselbe Geld auch darzu angewendet worden." Durch diese Bestimmung ist die oben entwickelte 4) gemeinrechtliche Controverse

---

3) Vgl. Bd. IV. Hft. 1. S. 45 fg.
4) Vgl. Bd. IV. Hft. S. 61 fg.

über diesen Punkt, vollkommen beseitigt. Ob auf glückliche Weise? läßt sich allerdings in Zweifel ziehen. Ich erlaube mir in dieser Beziehung auf meine früheren Ausführungen zu verweisen. Nur so viel mag hier bemerkt werden, daß nach der vorliegenden Bestimmung des R. und LR. es keinem Zweifel unterliegen könne, daß wenn A ein Gelddarlehn zwar zum Wiederaufbau seines Hauses aufnimmt, das empfangene Geld aber verspielt oder sonst zu andern Zwecken verwendet, dem Gläubiger kein Pfandrecht an dem Hause zustehe, das A späterhin, sei es aus eigenen oder fremden Mitteln, wieder auferbaut hat. Beiläufig mag außerdem noch bemerkt werden, daß die auth. quo iure C. qui potiores in pign., auf welche der Verfasser des R. und LR. die Behauptung, daß das Geld auch wirklich zur Besserung und Unterhaltung des Hauses oder Gutes angewendet worden sein müsse, stützen, nicht eben passend gewählt ist, indem dieselbe nur von dem Vorzuge der privilegia dotis vor andern privilegirten Pfandrechten handelt. Ohne Zweifel schöpften die Verfasser des R. und LR. auch hier ihr Citat nicht aus den Quellen selbst, sondern aus einem, wahrscheinlich nicht richtig verstandenen Schriftsteller.

§ 3.

Das lübisch=reval'sche Stadtrecht.

Eine ausdrückliche Anerkennung der sogenannten stillschweigenden oder gesetzlichen Pfandrechte finden wir in dem lübischen Stadtrechte nirgends, weder in dem „von Verpfändung" handelnden Tit. 4 B. III, noch in dem Tit. 1 desselben Buches: „von Vorzug der Creditoren und de=

ren Freiheit", noch endlich sonst irgendwo. Erwägt man nun dazu, daß in dem Art. 12 des letztgenannten Titels, creditores hypothecarii überhaupt dahin definirt werden, „das ist, welche ausdrückliche schriftliche Verpfändung haben", so scheinen damit von selbst alle stillschweigenden Pfandrechte ausgeschlossen zu sein. In näherer Beziehung auf unser in Rede stehendes gesetzliches Pfandrecht, kommt noch das weitere Bedenken hinzu, daß nach Art. 1. Tit. 4. B. III. die Verpfändung liegender Gründe nur von dem Rathe geschehen soll, womit die Annahme einer stillschweigenden, aus dem bloßen Acte der Hingabe eines Darlehns ad restitutionem aedificii, für den Gläubiger entspringenden Hypothek an dem Hause (das ja doch auch zu den liegenden Gründen gehört) nicht minder unvereinbar erscheint. Wenn dessen ungeachtet, wie Mevius 5) sowohl als Stein 6) bezeugen, und hinsichtlich Revals mir selbst von angesehenen und rechtserfahrenen dortigen Juristen versichert worden ist, die Praxis überall da, wo lübisches Recht zur Anwendung kommt, die gemeinrechtlichen stillschweigenden Pfandrechte nebenher recipirt hat, so dürfte, von wissenschaftlichem Standpunkte aus, sie deshalb einem gerechten Tadel unterliegen. Einheit und Consequenz des Rechts werden unmöglich, wo einander ausschließende Principien gleichzeitig neben einander bestehen. Doch das Uebel ist nun einmal da, und es muß einer neueren, zeitgemäßeren Legislation über-

---

5) Mevius, Comentarius in ius lubecense. Lib. III. tit. 1 art. 12, Nr. 53 et 64.

6) Stein, Abhandlung des lübischen Rechts. B. III. Tit. 1. § 61.

lassen bleiben, hier reformatorisch einzugreifen, und, sei es durch möglichste Verschmelzung der Principien, oder durch Ausmerzung des Disharmonischen, die verloren gegangene Einheit des Rechts wiederherzustellen. Steht es der Wissenschaft auch zu, einzelne Irrthümer, die in die Handhabung des Rechts sich eingeschlichen haben, zu verdrängen, und richtigere Erkenntniß an die Stelle der Irrlehre zu setzen, so kann doch ihre Berechtigung nicht so weit ausgedehnt werden, ganze weit eingreifende Rechtslehren, wie z. B. in unserm Falle die durch Jahrhunderte lange Praxis recipirten stillschweigenden Pfandrechte, auszuscheiden, bloß weil sie auf Principien beruhen, die mit andern, nicht minder anerkannten und älteren Principien in Widerspruch stehen. Wenn wir nun somit den gemeinrechtlichen stillschweigenden Pfandrechten zur Zeit noch auch da, wo lübisches Recht herrscht, fortdauernde Geltung zugestehen müssen, so drängt sich doch die Frage auf, in welchem Umfange? Ich habe in dem ersten Theile dieser Abhandlung nachgewiesen, wie schwankend von jeher die Ansichten über unser hier in Rede stehendes Pfandrecht gewesen, wie durchaus unrichtige und quellenwidrige Vorstellungen, namentlich über den Umfang desselben, geherrscht haben, ja zum Theil noch jetzt herrschen. Sollen nun da, wo es sich um die Anwendung lübischen Rechts handelt, jene Irrthümer der Vorzeit, oder die erst durch neuere Forschungen gewonnenen richtigeren Theorieen über die Bedeutung und den Umfang unsers gesetzlichen Pfandrechts zur Anwendung gebracht werden? So wenig zweifelhaft freilich beim ersten Anblick die Entscheidung dieser Frage scheinen mag, so kommen doch dabei Schwierigkeiten ei=

genthümlicher Art in Betracht. Es darf nämlich nicht unerwogen bleiben, daß gerade jene irrigen Principien und Theorieen es sind, welche in der Vorzeit in die Praxis übergegangen sind und in ihr Jahrhunderte hindurch Geltung gewonnen haben. Ein untrügliches Zeugniß über die Ansichten der Praxis in Esthland über unser fragliches Pfandrecht giebt uns ohne Zweifel das in dem vorigen Paragraphen erörterte R. und LR. Sind nun sonach diese irrthümlich aufgefaßten Lehren des römischen Rechts nicht gleichsam ein geheiligtes Gewohnheitsrecht geworden? Dürfen wir dieselben auf den bloßen Grund richtigerer Erkenntniß und besseren Verständnisses der Quellen hin, über den Haufen werfen? Weist nicht schon das „quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia" darauf hin, daß die Reception des römischen Rechts lediglich durch die Wissenschaft und die Praxis vermittelt worden ist, daher denn auch die Art und Weise der wirklich erfolgten Reception hauptsächlich über die fernere Anwendung der dem fremden Rechte entlehnten Sätze zu entscheiden hat? Wenn nun aber der einzelne Rechtssatz gerade nur in der Weise, wie er von der Wissenschaft früher aufgefaßt worden, als recipirt zu betrachten ist, steht es uns dann zu, diese ursprünglichen Bedingungen seiner Reception geradezu zu ignoriren, oder gar ihn umzustoßen und so ein Fremdes an seine Stelle zu setzen? Das Resultat, zu welchem diese Auffassungs- und Betrachtungsweise unvermeidlich führen würde, liegt, in Beziehung auf unser Pfandrecht, auf flacher Hand. Die Irrthümer und Mißverständnisse der Vorzeit würden durch die Dauer ihrer ununterbrochenen Herrschaft gleich-

sam canonisirt erscheinen, und eine den geläuterten, richtigeren Ansichten der Wissenschaft Hohn sprechende Herrschaft ausüben. Aber, selbst abgesehen hiervon, darf auf der andern Seite nicht vergessen werden, daß wir das römische Recht, nicht aber die Meinungen und Ansichten der Rechtslehrer über dasselbe, als gemeines geltendes Recht recipirt haben. War die Wissenschaft auch das Medium, durch welches die Reception des fremden Rechts geschah, so kann doch dieses Medium unmöglich höher gestellt werden, als das recipirte Recht selbst. Wo also die frühere Auffassungsweise des römischen Rechts eine erweislich irrthümliche und auf einem Mißverständniß der Quellen beruhende ist, da muß sie, den Gesetzen der geistigen Entwickelung gemäß, der richtigeren Erkenntniß weichen, und, willig vor derselben in den Hintergrund zurücktretend, die bisher ungebührlich geübte Herrschaft aufgeben. Ja, wir können dafür uns auf einen ausdrücklichen Ausspruch Justinian's 7) berufen, auf den ich schon früher in diesen Erörterungen einmal hingewiesen habe 8): „quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus", so wie auf eine ähnliche, ungleich frühere Aeußerung des römischen Juristen Celsus 9): „quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet." Dies erwogen, scheint es keinem Bedenken zu unterliegen, daß, will man einmal da, wo lübisches

7) Nov. 134. c. 1.

8) Erörterungen Bd. I. Abhandl. IX. S. 246.

9) L. 39 D. de legibus (I, 3).

Recht gilt, die gemeinrechtlichen stillschweigenden Pfandrechte zur Anwendung bringen, diese wenigstens in dem Sinne der neueren auf richtigere Quellenauslegung sich stützenden Wissenschaft erklärt werden müssen. Die mancherlei Modificationen also, welche das römische Recht in dem esthländischen R. und LR. erfahren hat, würden somit in Reval nicht weiter berücksichtigt, sondern unser hier in Rede stehendes Pfandrecht nur in der beschränkteren Weise, wie wir dasselbe in dem früheren Theile dieser Abhandlung entwickelt haben, als wirklich geltendes Recht betrachtet werden dürfen.

§ 4.

Livländisches Landrecht.

Auf die Verwirrungen, ja man kann sie nicht wohl anders bezeichnen als grandiosen Irrthümer und Mißverständnisse, welche über die Lehre von dem stillschweigenden Pfandrecht in unserer livländischen Praxis herrschen, hat bereits mehrfach v. Bunge 10) hingewiesen; es wäre daher ein überflüssiges Unternehmen, hier abermals darauf zurückzukommen. Denn ist es, wie zu hoffen steht, der so gründlichen und treffenden Kritik meines verehrten Freundes gelungen, die herrschenden Irrthümer zu beseitigen, so würde eine abermalige Widerlegung derselben eine eben so nutz= als ruhmlose Arbeit, eine Ilias post Homerum, sein. Sollte aber seine Arbeit eine vergebliche gewesen sein, so wäre es eine nicht zu rechtfertigende

10) Bunge, Privatrecht § 165 Anm. a und theoretisch=practische Erörterungen Bd. I. Abhandl. II. § 5 fgg.

Anmaßung, wollte ich mir einen günstigeren Erfolg versprechen. Ich verweise daher auf die gediegenen Ausführungen meines Freundes an den oben angeführten Orten. Mein geehrter Freund selbst ist nun der Ansicht, daß „alle stillschweigenden Pfandrechte des römischen Rechts, wie sie im gemeinen Recht durch mannigfache Ausdehnung sich gestaltet haben, als auch in Livland geltend angenommen werden müssen", und zu diesen noch diejenigen hinzukommen, welche in der Anm. e S. 140 des Landlags, meist dem römischen Recht sich anschließend, aufgeführt sind 11). Ich halte dieses Princip im Allgemeinen für richtig. Gleichwohl ist es unsre Aufgabe, hier noch näher die wirklich erfolgte Reception der gemeinrechtlichen Grundsätze nachzuweisen. In dem Landrechtsentwurf von David Hilchen vom J. 1599 findet sich noch keine Spur unsers Pfandrechts, wohl aber zeigt sich eine vollständige Reception der römischen Grundsätze bereits in dem 44 Jahre späteren Entwurf von Engelbrecht v. Mengden. Hier heißt es in dem „von derer Creditoren Privilegien und Vorzug" handelnden

> B. II. Cap. 24 § 8: Zum Achten gehen vor diejenigen, so vermöge der Rechten stillschweigend Pfand, tacitas hypothecas, haben. Als die Eheweiber von wegen der ihnen verschriebenen donatio propter nuptias, die Widerlegung ihrer Zugift. Item daß des Schuldners Haab und Guth mehr denn einem, aus sonderer Güte der Rechte stillschweigend verhaftet oder verpfändet wären, so sollen

11) Bunge, Privatrecht § 165.

diejenigen, deren Gerechtigkeit älter, denen andern gleichermaßen, wie hier oben bei denen, so ausdrücklich Unterpfand haben, besagt worden, vorgehen, und vor andern ihre Bezahlung erlangen.

§ 9. Da auch unter denen Gläubigern, so tacitam hypothecam haben, einiger wäre, der kundlich und erweislich sein Geld zu Erbau und scheinbarlicher Besserung, auch Erhaltung des Schuldners Behausung und anderer Güther fürgestreckt hätte, der soll denen andern gemeinen Creditoren, die hernacher gesetzet, in der Bezahlung auch vorgezogen werden.

Da nun in dem unmittelbar darauf folgenden Paragraphen gesagt wird: „Zum Zehnten haben auch ein gleiches Recht mit denen hypothecariis, die, wie vor gesagt, auf des Schuldners Güter ausdrückliche und stillschweigende Pfande haben", so erhellt deutlich, daß die in dem § 9 erwähnte Berechtigung der creditores in restitutionem aedificii nicht ein bloßes privilegium exigendi, sondern zugleich ein dingliches Recht, also eine stillschweigende Hypothek, an dem Gebäude in sich schließe.

Mit gleicher Bestimmtheit erkennt unser stillschweigendes Pfandrecht der Budberg-Schrader'sche Landrechtsentwurf vom Jahre 1734 an. Nachdem derselbe B. IV. Tit. 17. § 30 ausdrücklich erklärt: „endlich findet auch in gewissen Fällen eine stillschweigende Verpfändung (hypotheca tacita) statt, vermöge deren Jemand aus seines Debitoris Eigenthume, wenn selbiges gleich nicht ausdrücklich verschrieben wäre, sich erholen und seine Vergnügung suchen mag", fährt derselbe also fort:

§ 32. Würde auch Jemand zur Reparation und Unterhaltung eines verfallenen Hauses Geld darleihen, und dasselbe wirklich dazu angewendet worden sein, so soll das dergestalt reparirte Haus dem Creditor für sein ausgeliehenes Geld tacite verpfändet sein.

Interessant ist es hiebei, daß der Budberg-Schradersche Entwurf, wiewohl er als Beleg für diese Bestimmung das esthländische R. und LR. B. IV. Tit. 6. Art. 24 citirt, dennoch ungleich richtiger als dieses letztere das römische Recht aufgefaßt hat 12). Ich verweise in dieser Beziehung auf die obigen gemeinrechtlichen Ausführungen. Um so unbegreiflicher aber ist die schon oben gerügte heillose Verwirrung, die bei unseren neueren schriftstellerischen Practikern Livlands, sowohl über die rechtliche Natur der stillschweigenden Pfandrechte überhaupt, als auch insbesondere über Classificirung unseres, hier besonders in Rede stehenden Pfandrechts sich findet. So erwähnt Nielsen 13) dasselbe bei Gelegenheit der Classification der Gläubiger an zwei sehr verschiedenen Orten, einmal in der ersten Classe, unter den privilegirten Forderungen (Nr. 11) und sodann auch in der zweiten Classe der „Creditores, die eine hypothecam publicam“ und zwar „ein pignus particulare, d. h. ein solches Pfand, welches nur eine gewisse Sache des Schuldners betrifft“, haben. Die Verwechselung der Begriffe von öffentlichem, privilegirtem und gesetzlichem Pfandrecht, ist hier hand-

12) Vgl. oben Bd. IV. Hft. 1. S. 36 fg. u. Bd. V. Hft. 1. § 2 S. 51 fg.

13) Nielsen, die Proceßform in Livland S. 307 u. 310.

greiflich. v. Buddenbrock 14), der sich im Ganzen derselben Begriffsverwirrungen schuldig macht 15), classificirt wenigstens unser gesetzliches Pfandrecht nicht doppelt, stellt dasselbe vielmehr in die dritte, von ihm so genannte Classe der creditores ex hypotheca particulari tacita et privilegiata. Dagegen findet sich die Nielsen'sche doppelte Classification wieder bei v. Samsom 16), der einmal in der ersten Classe der privilegirten Gläubiger unter Nr. 11, „die zum Besten der Gläubiger in dem gemeinschuldnerischen Gute verwandten Meliorationsbaukosten" und eben so in der zweiten Classe der „öffentlichen Hypothekarien", unter Nr. 6 „die gesetzlichen Pfandgläubiger, insofern ihr Unterpfand, an welches insbesondere, und nicht an das übrige Vermögen des Gemeinschuldners, sie nach dem Alter ihrer Forderungen sich zu halten haben, noch verhanden ist", aufführt, zu denen er ganz ausdrücklich und vor allen andern diejenigen rechnet, „die zur nothwendigen und wirklich erfolgten Reparatur eines Hauses Vorschüsse gethan".

Aus Allem diesen erhellt so viel mit Sicherheit, daß unser stillschweigendes Pfandrecht des creditor in restitionem aedificii von unserer livländischen Praxis ausdrücklich recipirt worden ist. In welchem Sinne und Umfange man dasselbe anzuwenden, bedarf wohl keiner abermaligen

---

14) v. Buddenbrock, Sammlung der Gesetze, welche das livländische Landrecht enthalten. Bd. II. S. 1041—45.

15) Vgl. v. Bunge in den Erörterungen a. a. O. S. 56.

16) Samson v. Himmelstiern, Institutionen des livländischen Processes. Th. II. § 1354 fg. Vgl. hierüber v. Bunge a. a. O. § 3. S. 59 fg.

Auseinandersetzung. Ich erlaube mir nur noch zu bemerken, daß die richtigere, dem römischen Rechte gemäßere Auslegung desselben auch Präjudicate für sich aufzuweisen hat. Wenigstens erwähnt Nielsen 17) eines hofgerichtlichen Urtheils in Concurssachen des weiland polnischen Kammerherrn und Ritters, Baron von Igelström, „worin die Forderungen des Baumeisters, Maurermeisters, Tischlers und anderer Handwerker, unter die Rechnungsforderungen classificirt worden, obgleich sie des Gemeinschuldners Haus in der Stadt Dorpat gebaut und dadurch ganz offenbar den Vermögenszustand desselben zum Besten seiner Creditoren verbessert haben, indem in dem allegirten Gesetze (L. 1 D. in quib. caus. pign. tac. contr.) nur bloß von baaren Geldvorstreckungen zur Melioration solcher Grundstücke die Rede sei, nicht aber von Rechnungsforderungen der Handwerker." — Nielsen freilich erklärt sich, aus nicht erheblichen Gründen, gegen diese Entscheidung.

In Erwägung dessen nun, daß, wie schon oben angeführt worden, neben dem gemeinen Recht auch die in der Praxis recipirte Anmerkung e S. 140 des Landlag in Livland Anwendung erleidet, ist in Beziehung auf unsern vorliegenden Gegenstand noch darauf hinzuweisen, daß nach dieser Anm. e auch demjenigen, der Geld vorgestreckt hat, ein Schiff damit zu bauen oder zu repariren, ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Schiffe selbst zugestanden werden muß.

---

17) Nielsen a. a. O. Anmerk. 30 ad § 577. S. 353 der ersten Ausgabe.

III.

Mittheilungen aus der Praxis der Obergerichte Liv-, Esth- und Curlands.

Vorwort.

Es ist vom Beginn dieser Zeitschrift an eine Hauptaufgabe derselben gewesen, die Kenntniß des practischen Rechts der Ostseeprovinzen durch Mittheilung von Rechtsfällen und oberrichtlichen Entscheidungen derselben zu erweitern. Dieser Zweck hat bisher verhältnißmäßig nur dürftig verfolgt werden können, so daß nur wenige der bisher gelieferten Aufsätze sich an wirkliche Rechtsfälle und deren Entscheidungen anschließen. Gegenwärtig ist aber der Herausgeber durch zwei hochverehrte Gönner, denen er reichhaltige Auszüge aus den Präjudicaten des e . . . schen O . . . gerichts, so wie des c . . . schen O . . . gerichts aus dem laufenden Jahrhundert verdankt, in den Stand gesetzt worden, unter der obigen Rubrik fortlaufende Mittheilungen aus diesen Sammlungen zu liefern, welche mit Auszügen aus Erkenntnissen des R . . . er Rathes abwechseln sollen. Hoffentlich wird es ihm gelingen, auch noch aus den beiden andern Obergerichten gleiche Beiträge zu erhalten, und so in dieser Zeitschrift ein reiches Archiv für das practische Recht aller drei Provinzen zu begründen.

Die Auszüge aus den einzelnen Erkenntnissen werden hier übrigens ganz unverändert in der Weisr geliefert, wie sie dem Herausgeber mitgetheilt worden, nur daß überall statt der Eigennamen bloß deren Anfangsbuchstaben angegeben werden sollen.

1.

Urtheil des c . . . schen O . . . gerichts in Edictalprovocationssachen über die Verlassenschaft des U. W. M. v. G. (früheren Erbbesitzers von G—l), publicirt am 24. Juni 1820.

Haftung des Vormundes — Präclusion — Error advocati — Dos und paraphernum — Schenkungen über 500 fl. — Nadelgelder — Beneficium legis et inventarii.

— — — — — —

„8. Die Forderung des Fräuleins L. v. S. wegen eines Capitals von 3470 Rthlr. Alb., welches Liquidantin dem defuncto, damaligem Erbbesitzer auf G—l, als ihrem früher gerichtlich bestellt gewesenen Vormunde und nachher gerichtlich bestellten Assistenten zu nutzbarer Disposition in der Qualität eines depositi anvertraut, auf den Grund eines am 14. Juni 1805 mit der hypothecarischen Clausel versehenen, landüblich verzinslichen Reverses und resp. Depositionsscheins, sammt den seit Johannis 1815 rückständigen und laufenden Renten, wobei der Liquidantin, auf den Grund der in dem beigebrachten Document enthaltenen Generalhypothek, im Fall der Unzulänglichkeit der Masse, der Regreß an die dem defuncto erbgehörig gewesenen und kurz vor seinem Ableben an den Assessor v. B. verkauften G—l'schen Güter um so mehr offen gelassen wird, als ihre Forderung aus dem vormundschaftlichen Verhältniß des defuncti zu der Liquidantin herrührt, aus welcher sie eine stillschweigende

Hypothek in dem Vermögen ihres Vormundes besitzt. Es haben zwar die Gebrüder v. G., nachdem sie in ihrem ersten Disputationssatz dieses Liquidatum für richtig anerkannt, im zweiten Disputationswechsel der Liquidantin die Einrede der Präclusion entgegengesetzt, weil ihre Forderung, die sich auf einen Revers des defuncti vom 14. Juni 1805 gründe, in dem im J. 1806 vom Schuldner ausgebrachten Edictalproceß weder von ihm selbst, noch von der Liquidantin angegeben und daher präcludirt sei. Daß übrigens von dieser Exception Gebrauch gemacht und der aus Unkunde der Thatsachen entstandene Irrthum des Sachwalters von seinen Vollmachtsgebern emendirt werden könne, darüber bezögen sie sich auf L. 2 u. 3 Cod. de errore advocat. Da aber diese Präclusionseinrede zuwider dem § 21 der Statuten und dec. II. ad desid. in Decis. commiss. 1717 nicht in primo termino opponirt worden und daher verspätet ist, welcher Defect nicht durch den vorgeschützten errorem advocati gehoben werden kann, da mit nichten erwiesen worden ist, daß die Gebrüder v. G. zu der Zeit, als ihr Sachwalter den angeblichen Irrthum begangen haben soll, abwesend und daher außer Stande gewesen, den begangenen Irrthum, nach der Vorschrift der L. 3 C. de errore advocat., intra triduum zu verbessern; da ferner, selbst wenn die Präclusionseinrede nicht verspätet wäre, dieselbe dennoch nicht geeignet erscheint, die liquidantische Forderung niederzuschlagen, maßen die Liquidantin, als ehemalige Pupillin des defuncti, dem sie, wie selbst der Revers deutlich ausweist, ihr uneingeschränktes Vertrauen geschenkt, wohl anzunehmen berechtigt war, daß defunctus

ihr Interesse wahrnehmen und ihr durch eigene Angabe ihrer Forderung die Mühe und Kosten des Angabeverfahrens ersparen werde, — und da endlich, selbst wenn die fragliche Forderung wirklich durch die Präclusion von 1806 erloschen gewesen sein könnte, selbige dennoch durch die nachmalige Zinsenzahlung, und namentlich durch die von der Provocantin (des defuncti Wittwe) im Johannistermin 1815 geleistete und in ihrer exhibirten Berechnung namentlich mit aufgeführte, auch von den provocatischen Brüdern v. G. ausdrücklich als richtig anerkannte Zahlung der Zinsen, revivisciert ist; so hat Liquidantin mit ihrer liquiden Forderung zugelassen werden müssen. — —"

„Hierauf folgen diejenigen Liquidanten, deren Liquidata nur bedingungsweise anerkannt werden können:

10. — 11. — 12. Die Provocantin rc. 13. Dieselbe mit dem auf 450 Rbl. S. M. angegebenen Werth von sechs großen Wagenpferden, zwei Chaisenpferden und einem Reitpferde, welche sie ihrem Gemahl inferirt haben soll, falls sie die Illation dieser Pferde und deren Werth gehörig beweisen würde.

14. Dieselbe mit der Forderung eines zweisitzigen Wagens rc.

15. Dieselbe mit acht aufgemachten Betten rc.

Es haben zwar einige Interessenten den Illatenforderungen sub Numeris 13, 14 u. 15 widersprochen, weil nicht jedes Illatum Dos sei und daher unter allen Umständen bei Aufhebung der Ehe restituirt werden müsse, weil bei bonis paraphernalibus ein anderes Verhältniß Statt finde; daß bei der Illation nicht fungibler Sachen, der Ehemann oder dessen Erbe nur dann zur Restitution

verpflichtet wäre, wenn solche Sachen nach einem bestimmten Werth, venditionis oder traditionis causa dem Ehemann übergeben wären; daß Letzteres geschehen oder defunctus die inferirt sein sollenden Mobilien und Sese-Moventien verkauft habe, sei nicht einmal behauptet, viel weniger bewiesen worden, daher sie denn höchstens nur das, was davon noch in natura vorhanden sei, zurückbekommen könne. — Da aber unsere Gesetze nirgends den Unterschied zwischen bonis dotalibus und paraphernalibus festsetzen, indem die Location des Vermögens der Ehefrau im Concurse in dem Dec. 24. ad Desid. in Dec. commiss. 1717 diesen Unterschied keinesweges begründet, sondern nur bestimmt, wie das Vermögen der Frau, insofern es entweder in natura vorhanden ist oder nicht, locirt werden soll, und da solchem nach wenigstens die Präsumtion für die Dotalbeschaffenheit des Vermögens der Frau spricht, da ferner der Ehemann nirgend mehr als bei uns als dominus civilis des Vermögens der Frau betrachtet wird, welches die Folge hat, daß er, so wie er durante matrimonio die uneingeschränkte Benutzung der dos hat, auch soluto matrimonio die ganze dos restituiren muß: so hat Provocantin nicht anders, als wie geschehen, zum Beweise der sub Numeris 13, 14 u. 15 geforderten Mobilien und Sese-Moventien oder des Werthes derselben admittirt werden können.

16. Dieselbe mit den ihr von ihrem verstorbenen Gemahl durante matrimonio nach und nach mit warmer Hand geschenkten und von ihr acceptirt sein sollenden und sonach bei seinen Lebzeiten in ihr Eigenthum übergegangenen Mobilien rc. — falls sie diese Schenkungen, so

wie die Behauptung, daß selbige nach und nach erfolgt wären, wahr machen würde. Es haben zwar die Gebrü- v. G. behauptet, daß diese Schenkungen, insofern sie den Werth von 500 poln. Gulden übersteigen, nach § 86 der Statuten, wegen Mangels der gerichtlichen Insinuation, nicht bestehen könnten. Da aber mehrere, zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen, welche, wie in casu, einzeln nicht die gesetzliche Summe übersteigen, keiner gerichtlichen Insinuation bedürfen, nach L. 34 § 3 C. de donationibus, so hat das Recht der Provocantin an den geschenkten Sachen — wie geschehen — anerkannt werden müssen, um so mehr, als diese Sachen durch die Schenkung bereits bei Lebzeiten ihres Ehegatten in das Eigenthum der Provocantin übergegangen sind und folglich nicht zu dem defunctischen Nachlaß gehören.

17. Dieselbe mit 200 Ducaten, welche sie, auf den Wunsch ihres verstorbenen Gemahls, aus ihrer eigenen Casse an den General B. und den Obristlieutenant B. vorgeschossen hatte, deren darüber auf den Namen des verstorbenen Gemahls der Provocantin ausgestellte Schuldscheine sie als ihr Eigenthum ebenso reclamire, wie sie solches schon bei der Aufnahme des Inventariums angezeigt hätte, falls sie ihre Behauptung, daß dieser Vorschuß aus ihrem Nadelgelde gemacht worden, beweisen würde. Es haben zwar die provocatischen Gebrüder v. G. behauptet, daß, da die Provocantin sich außer ihrem Dotalvermögen, weder bona paraphernalia noch receptitia vorbehalten, sie kein abgesondertes Vermögen durante matrimonio besessen haben könne, welches sie außer ihrer dos zu vindiciren berechtigt sei. Da aber Provocantin

behauptet hat, daß sie den Vorschuß aus ihren Nadelgeldern, die ihr von ihrem Ehegatten reichlich ertheilt worden, gemacht habe, und da dergleichen Nadelgelder, besonders unter solchen ehelichen Verhältnissen, wo — wie in casu — die Frau ein beträchtliches Vermögen inferirt hat, allerdings rechtsüblich sind, auch der Frau an solchen Geldern das separate Eigenthum zusteht, da ferner Provocantin es durch den producirten Brief Defuncti wahrscheinlich gemacht hat, daß die fraglichen Ducaten ihr Eigenthum gewesen sind, indem der darin enthaltene Ausdruck „Deine Ducaten" für diese Vermuthung spricht rc."

— — — — — —

„22. Die Gebrüder E. D. und Ch. E. v. G. mit ihrem Erbrechte an den Nachlaß ihres Bruders, des verstorbenen U. W. M. v. G., falls nach Bezahlung aller Gläubiger noch etwas übrig sein sollte. — Es haben sich diese Liquidanten mit ihrem Erbrecht, unter Vorbehalt alles dessen, was ihnen, bei der Unkunde über die etwanige Existenz einer letzwilligen Verordnung oder etwaniger Verträge zwischen defuncto und seiner Ehegattin, gebühre, angegeben. Hieraus hat Provocantin (die Wittwe) gefolgert, daß diese Liquidanten sich absque beneficio legis et inventarii, also pure, mit ihrem Erbrechte angegeben hätten, und daß sie daher, im Fall der Unzulänglichkeit der Erbschaftsmasse, zur Befriedigung aller erbschaftlichen Gläubiger den Ausfall aus ihrem eigenen Vermögen decken mußten; wenn nämlich auch ihre Angabe nicht als ein wirklicher Antritt der Erbschaft, sondern nur als eine einstweilige Sicherung ihrer Gerechtsame angesehen werden sollte, so sei es doch gewiß, daß

— da sie von der Wohlthat des Gesetzes, die, wie alle Wohlthaten, Niemanden aufgedrungen werde, nicht Gebrauch gemacht hätten, — sie sich innerhalb des gesetzlichen Jahres über den Antritt oder die Repudiation der Erbschaft hätten erklären müssen, indem es offenbar irrig sei, daß sie auch ohne ausdrückliche Berufung auf jenes Beneficium als Beneficialerben betrachtet werden könnten, maßen die Ausnahme von der Regel nur dann eintrete, wenn der Erbe ohne seine Schuld an der Errichtung des Inventars verhindert werde. Hier sei aber zur Zeit der Angabe der Liquidanten bereits ein gerichtliches Inventar aufgenommen gewesen; wenn solches aber auch nicht der Fall gewesen wäre, so würden die Liquidanten dies selbst verschuldet haben, weil sie als Erben eben so gut ein Recht gehabt hätten, als die Provocantin, die Aufnahme des Inventars zu verlangen. Das ius deliberandi hätten sie innerhalb Jahresfrist benutzen oder Verlängerung nachsuchen sollen. Statt dessen aber hätten sie im Laufe des Deliberationsjahres eine Handlung vorgenommen, welche eine pro hedere gestio involvire und wodurch sie die Erbschaft factisch angetreten. Diese Handlung sei nämlich die Klage der Liquidanten gegen den Assessor v. B., wegen des von ihm nicht bezahlt sein sollenden Kaufpreises des an ihn von defuncto verkauften, im U—schen Kreise des Wilnaschen Gouvernements belegenen Gutes W. Diese Handlung sei nach L. 20 D. de acquir. v. omitt. hered. eine offenbare pro hedere gestio, indem sie sich nicht nur in der Klage selbst Erben genannt, sondern auch als solche den angeblich rückständigen Kaufschilling, nebst Renten vom Todestage, vindicirt, und sol-

chergestalt ihren animum, Erben sein zu wollen, so klar an den Tag gelegt, daß ihnen ihre jetzige Protestation dagegen und die nach Ablauf des Deliberationsjahres und nach dieser pro herede gestio verlautbarte verspätete Erklärung, wie sie nur Erben sub beneficio legis et inventarii sein wollten, nicht helfen könne. Die Liquidanten könnten ihre unbestimmte Angabe, worin des ihnen zustehenden beneficii legis et inventarii gar nicht erwähnt worden, nicht damit entschuldigen, daß sie zur Zeit der Angabe nicht von der Aufnahme des Inventariums unterrichtet gewesen, da die Provocantin in der Edictalladung gesagt habe, daß sie die Erbschaft sub beneficio l. et inv. angetreten habe rc. Das von der Provocantin aufgenommene Inventarium gewähre den Liquidanten nicht das beneficium l. et inv., da Letztere nicht ein gleiches, sondern ein entgegengesetztes Interesse hätten rc. Wenn nun dagegen ex actis erhellet, daß Liquidanten nirgends erklärt, wie sie Willens wären, die Erbschaft pure anzutreten, vielmehr unter Vorbehalt ihrer Rechte, innerhalb der gesetzlichen Deliberationsfrist, und nachdem kurz vorher Provocantin erst erklärt, daß sie von der Erbschaft und dem Trauerjahr recedire, — ihre Angabe verlautbart haben, daß der Fall, welchen Provocantin als Ausnahme von der Regel zugegeben, daß nämlich Erben auch ohne ausdrückliche Erklärung als Beneficialerben zu betrachten seien, wenn sie ohne ihre Schuld an der Aufnahme des Inventariums behindert worden, wirklich auf die Liquidanten anwendbar ist, indem Provocantin sich nicht nur im Besitz des ganzen Nachlasses befindet, sondern auch die Liquidanten, von denen sie doch sehr wohl wissen mußte,

daß sie — bei der Nichtexistenz einer letztwilligen Disposition — eben so wohl berechtigte Erben defuncti seien, als Provocantin selbst, weder zur Theilnahme an der von ihr veranstalteten Aufnahme des Inventars, noch zu einer separaten Bewerkstelligung dieser Maaßregel aufgefordert hat, mithin es nicht die Schuld der Liquidanten ist, daß sie an der Legung des Inventars keinen Theil genommen, daß solchemnach die Wohlthat des Inventarii, da solches von der Provocantin gerichtlich gelegt worden, den übrigen Erben nicht weniger zu Statten kommt, als der Provocantin, als welche mit Unrecht behauptet, daß sie selbiges bloß zur Salvirung ihrer Rechte aufnehmen lassen, maßen sie zu dieser gesetzlichen Demarche nach den Decis. commiss. anni 1717 in Decis. 13 ad Desid. No. 4 nicht nur zu ihrem Vortheil berechtigt, sondern auch und ganz vorzüglich für das Interesse der nachgebliebenen Masse und sämmtlicher Interessenten an derselben, als Ausüberin des iuris retentionis in bonis mariti, verpflichtet ist, und von der Deliberationsfrist der Erben und deren etwanigen Nichtbeobachtung bei der Existenz eines die Liquidanten als Beneficialerben qualificirenden Inventarii in casu nicht weiter die Rede sein kann, indem das beneficium inventarii, als in einem späteren Gesetz an Stelle des spatii delibrandi eingeführt, nach der Rechtsregel lex posterior derogat priori, die Wohlthat der Delibrationsfrist unnöthig macht; wenn ferner zu erwägen ist, daß die Klage der Liquidanten gegen den Assessor v. B. dieselben nicht als unbedingte Erben qualificiren kann, weil sie diese Klage unter dem Schutz des Inventarii ohne Gefahr anstellen konnten, nach L. 20 § 2 D.

de acquir. vel ommitt. hereditate — und weil der Umstand, daß sie sich in der Klage Erben genannt, ihnen um so weniger präjudiciren kann, als einestheils die Art ihrer Erbantretung, ob sie nämlich unbedingte oder Beneficialerben sein wollen, durch den bloßen Ausdruck Erben nicht bestimmt worden, und am wenigsten zu ihrem Nachtheil für die Qualification als unbedingte Erben ausgelegt werden kann, da nicht zu präsumiren ist, daß Jemand seinen eigenen Nachtheil beabsichtigt habe, und als anderntheils die Qualification, die sich die Liquidanten in besagter Klage gegeben, wenn sie auch unzugestandenen Falles für eine unbedingte Erbantretung sprechen könnte, dennoch nicht als eine in foro competenti hereditatis abgelegte und daher bindende Erklärung zu betrachten ist, maßen das U—sche Landgericht nicht — wie Provocantin irrig behauptet — als forum competens hereditarium anzusehen ist, welches vielmehr in Curland, wo nicht nur der Erblasser verstorben, sondern auch der größte Theil seiner Nachlassenschaft, als hereditas jacens ist, angenommen werden muß; wenn es ferner gewiß ist, daß die Ausstellungen, welche Liquidanten gegen das Inventarium machen, ihnen nicht die Wohlthat des Inventarii nehmen können, indem auch Beneficialerben, zumal wenn sie nicht zur Aufnahme des Inventars zugezogen worden, gegen dasselbe ebensowohl Ausstellungen machen können, als solches jedem Creditor im Concurse gestattet wird, so werden aus obigen Gründen die Liquidanten, Gebrüder v. G., dem Recht und der Billigkeit gemäß, — wenn es auch, wie gewiß nicht der Fall ist, angenommen werden könnte, daß sie als unbedingte Erben anzusehen wären,

und also nach strengem Recht alle nachtheiligen Folgen einer solchen unbedingten Erbschaftsantretung zu tragen hätten, dennoch die Anwendung dieser Strenge des Rechts in dem gegenwärtigen Fall, wo nach der Lage der Sachen wahrscheinlich gar nicht zu erben sein, ja sich vielleicht noch ein beträchtliches Deficit ergeben dürfte, eine so auffallende, dem Recht der Vernunft widerstrebende Unbilligkeit involviren würde, daß bei einer solchen Anwendung der Strenge des positiven Rechts das Brocardicon: summum ius summa iniuria offenbar den Stempel der Wahrheit erhielte, — als Beneficialerben anerkannt 2c."

2.

Urtheil des c . . schen O . . gerichts in Appellationssachen der Gebrüder v. G., Appellanten, wider den ehemaligen Assessor G. J. C. F. v. B., als Erbbesitzer der G—l'schen Güter und Appellaten, publicirt am 7. September 1820.

Familienretract — Anwendbarkeit der russischen Gesetze und des livländischen Ritterrechts in Curland.

„Diesemnach hat der U. W. M. v. G. die G—l'schen Güter als freie, keinem Familiengesetze unterworfene Allodialgüter übernommen und besessen, und bei seiner kinderlosen Ehe an Appellaten für 60,000 Rbl. S. M. den 17. März 1815 erb- und eigenthümlich verkauft und übergeben; die Appellanten haben aber Appellaten un-

ter dem 9. September d. J. 1815 dahin ausgeladen: die G—l'schen Güter mit allen ihren Zubehörungen ꝛc., in welchen sie ihm übergeben worden, an sie gegen Uebernahme der für das Kaufpretium erweislich ausgestellten Obligationen zurückzugeben, weil ihnen, als leiblichen Brüdern des Verkäufers, auf diese seit 1683 in der Familie v. G. besessene Güter das Retractsrecht zustehe, und zur Begründung dieses prätendirten Rechts, auf die Verordnungen des russischen Rechts, auf das auch für Curland subsidiarisch gültige livländische Ritterrecht und das deutsche Recht, — wornach die nächsten Agnaten beim Verkauf eines Erbgutes an einen Fremden zum Retract desselben befugt sein sollen, — so wie auf die Natur der Erb- und Stammgüter, aus welcher dieses Recht von selbst hervorgehen solle, sich bezogen. Wenn nun Curland zu den Provinzen des russischen Reichs gehört, die bei ihren eigenthümlichen Rechten erhalten worden, wo mithin die Bestimmungen des russischen Rechts nur dann Anwendung finden können, wenn durch Ukasen verordnet worden, daß sie auch für Curland gesetzliche Kraft haben sollen; eine solche Verordnung jedoch die von Appellanten angeführten, über Einlösung von Geschlechtsvermögen, — wenn darunter auch das von Appellanten prätendirte ius retractus gentilitii verstanden sein sollte, — sprechenden Ukasen vom 15. Januar 1804, 10. Januar 1808 und 23. September 1815 nicht enthalten; wenn ferner das livländische Ritterrecht in Curland eben so wenig gesetzliche Gültigkeit hat, als die Provincialrechte anderer russischen Provinzen; bei Rechtsinstituten deutschen Ursprungs aber deutsche Rechte nur dann in Anwendung

kommen können, wenn die curländischen Landesgesetze keine desfalsigen Bestimmungen enthalten; so bleibt die Frage, ob die Appellanten zur Einziehung der G—l'schen Güter berechtigt sind oder nicht, zuvörderst nach unseren Allerhöchst bestätigten Landesgesetzen zu untersuchen und zu entscheiden. Nun ist nach dem Art. 6 des vom Herzog Gotthard dem curländischen Adel ertheilten Privilegiums vom J. 1570 einem jeden gestattet, mit seinen Erbgütern seines Gefallens zu disponiren, sie zu versetzen, zu verpfänden, zu verkaufen, zu vergeben und im Testament zu verschreiben. Die curländischen Erbgüter sind also ihrer Natur nach ein unbeschränkt disponibles Eigenthum eines jeden Erbbesitzers. Da nun das Retractsrecht eine Beschränkung der freien Disposition eines Erbbesitzers über seine Erbgüter ist: so folgt daraus, daß das von dem Appellanten auf die von ihrem verstorbenen Bruder an Appellaten verkauften G — l'schen Erbgüter prätendirte Retractsrecht nicht durch die Natur der curländischen Erbgüter begründet wird. Es könnte demnach noch gefragt werden, ob nicht Appellanten zum Einziehen der G—l'schen Güter durch Vertrag, Testament oder Gesetz berechtigt sind? (Es wird gezeigt, daß eine derartige Beschränkung durch Vertrag oder Testament nicht existirt; dann heißt es:) Endlich steht ihnen auch nach den Gesetzen dieses Recht (d. i. das Retractsrecht) nicht zu, denn nach § 187 der Statuten in rationeller Verbindung mit den beiden vorhergehenden §§ ist das Retractsrecht nur bei solchen Gütern, die als ehemalige Lehngüter in dem Nexus der Gesammtenhand oder der investitura simultanea gestanden haben, gestattet; von den G—l'schen Gütern ist aber



ein solcher Nexus nicht einmal behauptet, geschweige denn erwiesen worden, vielmehr sind sie immer freie Erbgüter gewesen oder es doch wenigstens durch das Privilegium Gotthardinum geworden, und der letztverstorbene Erbbesitzer dieser Güter hat über selbige nach dem Art. 6 dieses Privilegiums, so wie nach dem Art. 7 des Privilegii nobilitatis v. J. 1561, das Recht der freien Gebahrung gehabt ꝛc."

3.

Urtheil des e . . . schen O . . . gerichts in Sachen des B. H. v. z. M. wider den Mannrichter R. G. Baron R., die Berichtigung zweier von letzterem als Selbstschuldner für M. v. P. unterschriebenen Wechsel betreffend, publicirt am 3. April 1826.

Befreiung des Bürgen durch Aufgeben der Sicherheit im Vermögen des Hauptschuldners von Seiten des Gläubigers — Selbstschuldige Bürgschaft.

M. v. P. hatte am 3. März 1801 und am 3. März 1803 zwei Wechsel, jeden von 3000 Rbl. B., unter selbstschuldiger Bürgschaft des Mannrichters R. G. Baron R. an Klägern ausgestellt. Diese Wechsel waren auch auf des Selbstschuldners Güter Hu. und Hö. am 10. Febr. 1804 ingrossirt worden. Als nun der Wechselaussteller auf sein im dörpt'schen Kreise belegenes Gut J. eine Anleihe aus dem livländischen Creditsystem machte, so räumte Kläger, ohne Wissen und Willen des Beklagten,

am 27. Juni 1804 dem livländischen Creditsystem das Vorzugsrecht vor seiner erwähnten Wechselforderung ein, und brachte dieselbe am 22. August 1804 auf das letzte Drittel des Gutes J. zur Ingrossation. Die Wechsel wurden wegen nicht im Termin geleisteter Zahlung am 25. Juni 1806 und 13. März 1807 protestirt; und bei der später erfolgten Insolvenz des M. v. P. das Gut J. öffentlich versteigert, der Meistbotschilling aber nur zur Berichtigung der Creditsystemsforderung an J. — an Capital 90,650 Rbl. S. M. — verwendet, dergestalt, daß zur Befriedigung der übrigen Gläubiger nichts übrig blieb. Kläger forderte jetzt von dem Selbstschuldner die Befriedigung seiner Wechselforderung, der aber seine selbstschuldige Bürgschaft für erloschen erklärte, weil Kläger durch die Einräumung des Vorzugsrechts an das Creditsystem, ohne seine, des Beklagten, Zustimmung zu verlangen, alle Gefahr, die aus einer so präjudicirlichen Handlung entstehen konnte, auf sich genommen habe. Gegen diese von Beklagtem behauptete Erlöschung seiner Zahlungsverbindlichkeit stellte Kläger folgende Gründe auf: 1) Es existire kein Gesetz, welches vorschreibe, daß, wenn ein Gläubiger mehrere Sicherheiten für seine Forderungen habe, und eine davon ganz oder zum Theil aufgebe, er auch der übrigen verlustig gehen sollte. 2) Habe Beklagter nicht als Bürge, sondern als Selbstschuldner die Wechsel unterschrieben, Kläger sei daher von ihm nach dem Art. 20 der Executions-Verordnung vom 10. Juli 1669 seine Befriedigung, ohne alle Rücksicht auf die Person und das Vermögen des Ausstellers, zu fordern berechtigt. 3) Die selbstschuldige Bürgschaft des Beklagten

sei nicht durch die Ingrossation der Wechsel bedingt gewesen, und aus diesem Grunde hätte er, da die Ingrossation auf J. von ihm bloß zu seiner größeren Sicherheit nachgesucht worden, und zwar später, als die Wechel ausgestellt waren, dem livländischen Creditsystem, ohne daß eine zum Besten des Beklagten errungene Sicherheit gefährdet würde, das Vorzugsrecht vor seiner Forderung einräumen können, die Wechsel wären aber früher nicht durch die Ingrossation auf J. gesichert gewesen, indem die Ingrossation nur auf das letzte Drittel dieses Guts nachgesucht, das Gut J. jedoch so billig verkauft worden sei, daß der Kaufschilling nicht zugereicht habe, um die Ingrossanten des letzten Drittheils zur Perception gelangen zu lassen. 4) Wäre Beklagter selbst verpflichtet gewesen, für die Sicherheit seines etwanigen Regresses an M. v. P. zu sorgen. 5) Habe Beklagter entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch unterlassene Einreichung einer Protestation oder Bewahrung in die Ertheilung des bei dem Creditsystem auf J. nachgesuchten Darlehns gewilligt und dem Creditsystem das Vorzugsrecht eingeräumt.

Das O . . . gericht entschied: daß die von Beklagtem für zwei von M. v. P. ausgestellte Wechsel übernommene selbstschuldige Bürgschaft für aufgehoben zu erachten und Kläger mit seinem aus diesen Wechseln wider Beklagten angestellten Zahlungsgesuche ab- und zur Ruhe zu verweisen sei. Compens. expensis. — und widerlegte die von Klägern aufgestellten Gründe folgendergestalt: „ad 1) Nach Art. 12 Tit. 8 Lib. IV. jur. prov. muß der Creditor, vermöge des jedem Bürgen zustehenden be-

neficii cedendarum actionum, demjenigen Mitverpflichteten, welcher für den Hauptschuldner die Zahlung leisten soll, alle Rechte, welche aus der Schuldverschreibung gegen die Person des Ausstellers sowohl, als auch an dessen Vermögen entspringen, cediren. Der Creditor hat demnach dafür Sorge zu tragen, daß die, für die vom Hauptschuldner übernommene Verbindlichkeit in dem Vermögen desselben bestehende Sicherheit zum Besten des zur Zahlung Mitverpflichteten nicht gefährdet, sondern in ihrer Integrität für den etwanigen Regreß des Intercedenten erhalten werde. Unternimmt der Creditor mithin eine Handlung, wie Kläger im vorliegenden Falle, wodurch er freiwillig die in dem Vermögen des Hauptschuldners habende Sicherheit aufgiebt, so hat er den hieraus entstehenden Verlust sich selbst beizumessen, und kann, da er sich außer Stande gesetzt, die gehabten Rechte dem Intercedenten zu cediren, von diesem auch nicht weiter die Zahlung verlangen. — ad 2) Es kommt hier nicht der gesetzliche Unterschied zwischen dem Bürgen und dem Selbstschuldner in Betracht, sondern bloß der Umstand, ob Beklagter überhaupt zur Bezahlung verbunden ist. In Erwägung des zur Erledigung des ersten Grundes Angeführten kann aber Beklagter nicht zur Zahlung verpflichtet werden, denn Kläger hat durch eine eigenmächtige, ohne Wissen und Willen des Beklagten, seines selbstschuldigen Bürgen, vorgenommene Handlung, indem er, welcher für seine Wechselforderung gesetzlich die Hypothek des sämmtlichen Vermögens des M. v. P. und folglich auch die Hypothek in dem damals mit keiner Creditsystemsschuld beschwerten Gute J. besaß, seine Einwilli-

6*

gung zur Regoce bei dem Creditsystem ertheilte, welche bei dem nachherigen Verkauf des Guts J. kaum hinsichtlich des darauf gegebenen Darlehns gedeckt wurde, sich selbst außer Stande gesetzt, Beklagtem die Wechsel mit denjenigen Rechten, die ihnen vor der Einwilligung zustanden, zu cediren, und kann mithin die Bedingung nicht mehr erfüllen, unter welcher einzig und allein es ihm verstattet sein konnte, die Bezahlung vom Beklagten zu verlangen. — ad 3) Kläger gab die seiner Wechselforderung in dem ganzen Gute J. zuständige Hypothek auf, und bewirkte dafür für seine Forderung ein Ingrossationsrecht in dem letzten Drittheil des Gutes, wodurch er die Sicherheit seiner Forderung offenbar verschlimmerte, wie die Folge erwiesen hat, und jede Aussicht auf den Beklagtem, als Selbstschuldner, zukommenden Regreß gegen den Hauptschuldner vernichtete. — ad 4) Beklagtem war es offenbar unmöglich, für seinen etwanigen Regreß an den Aussteller selbst Sorge zu tragen, weil alle zur Sicherstellung einer Wechselforderung zu ergreifenden Maaßregeln der Proceßform nach durch die Beifügung der Schulddocumente bedingt sind, Kläger allein aber, und nicht Beklagter, Inhaber derselben war. — ad 5) Die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Beklagten in die Ertheilung des Vorzugsrechtes an das Creditsystem ist aus keiner einzigen seiner Handlungen weder zu vermuthen, noch weniger richterlich anzunehmen."

4.

Urtheil des e . . . schen O . . . gerichts in Nachlaßsachen des verstorbenen Lieutenants C. G. v. T., publicirt am 5. Decbr. 1825.

Allerhöchste Bestätigung der Familienfideicommisse — Erbschaftsposchlinen, insbesondere von vermachtem Zinsengenuß. —

Jeder Anspruch an die Verlassenschaft des Erblassers und jede Einwendung wider dessen am 20. Juni 1813 publicirtes Testament wird für präcludirt erklärt. — In Folge des am 11. April 1804 an das livländische Hofgericht erlassenen Senatsukases, nach welchem Familienfideicommisse ohne Bestätigung der höchsten Macht keine rechtliche Kraft erlangen können*), wird den Testamentsexecutoren vorgeschrieben, unverzüglich Kaiserliche Majestät um die Bestätigung des in Betreff des Gutes Kuckers errichteten Familienfideicommisses zu imploriren, und daß sie solches gethan, innerhalb drei Monaten bei 200 Rbl. B. Pön zu erweisen. — Der Werth der Verlassenschaft wird zufolge der von den Testamentsexecutoren an Eides statt eingereichten Anzeige, in Gemäßheit des Allerhöchst namentlichen Ukases vom 28. Octbr. 1808, zu 114,000 Rbl. S. M. und 109,000 Rbl. B. angenommen, und ist der diesem Betrage entsprechende Stempelbogen zur Legung um das Testament innerhalb drei Monaten beizubringen.

---

*) Dies wurde schon im J. 1823 aufgehoben. S. v. Bunge's Privatrecht § 401 (395).

— Nach Vorschrift des Senatsukases vom 31. October 1818, welcher verordnet, daß von den den Invaliden, Waisen und armen Leuten vermachten Capitalien keine Poschlinen beigetrieben werden sollen, und in Uebereinstimmung mit der Rechtsmeinung des Gouvernementsprocureurs, werden die den unmündigen Kindern des verstorbenen Assessors A. F. v. T. zu L. legirten Summen nicht der Poschlinzahlung unterworfen. — Gleichmäßig sollen keine Poschlinen erhoben werden von den zu wohlthätigen Stiftungen angeordneten Vermächtnissen, und zwar namentlich an das T'sche Institut, das Fräuleinstift zu Finn, den Prediger-Wittwenfiscus zu J., die Armenanstalt des verstorbenen Cantors K., das kuckers'sche Gebiet und zur Reparatur der kuckers'schen Gebäude. — Da das Gesetz die Einhebung der Poschlinen nur von legirten Capitalien, nicht aber von legirten Zinsen anordnet, so sind weder von J. L. v. T. für den ihm als Haupt der T'schen Familie vermachten Zinsengenuß und von dem ihm legirten Rest der Zinsen des Todesjahres, noch vom Collegienrath L. v. T. für den ihm als Gehülfen des Familienhauptes vermachten Zinsengenuß und von den ihm erlassenen eines Jahres Zinsen die Poschlin zu erheben. — Von allen übrigen Vermächtnissen und Schenkungen sind aber die Poschlinen zu zahlen und bei deren Berechnung der Allerhöchste Befehl vom 28. October 1808 zum Grunde zu legen, weil auf den im J. 1813 eingetretenen Todesfall des Erblassers der P. 10 des Allerhöchsten Ukases vom 24. November 1821 nicht angewendet werden kann. Demnach haben die Testamentsexecutoren die mit 6 Procent zu berechnenden Poschlinen von allen dieser

Abgabe unterworfenen Capitalien innerhalb sechs Wochen bei 200 Rbl. Poen einzuliefern. — Schließlich wird allen Legataren, welche ihrer Armuth wegen nach dem Ukas vom 31. October 1818 auf die Befreiung von der Poschlinzahlung Ansprüche machen können, offen gelassen, binnen sechs Monaten diese Ansprüche nebst deren Justificationen beizubringen.

5.

Urtheil des R . . er Rathes in Sachen der Wittwe des Aeltermanns J. G. F., Frau A. R. F., geb. St., und ihrer Tochter J., nachmals verehelichten v. H., wider des genannten Aeltermanns Töchter erster Ehe E. D., verehel. Frau Rathsherrin B. in P. und L. A., verehelichte Frau S., publicirt am 13. Novbr. 1845.

Aenderung der Klage — Collationspflicht der ausgesteuerten Töchter — der Mutter wird nicht conferirt — freie Hochzeit und Aussteuer, den Töchtern erster Ehe bei der Aussage zugesichert.

„Im Laufe des über die Hinterlassenschaft des Aeltermanns J. G. F. erlassenen Proclams meldete sich unter Anderen defuncti Wittwe A. R. geb. St., für sich und als natürliche Vormünderin ihrer Tochter J., und machte außer dem Intestaterbrecht für sich und ihre Tochter auch noch für letztere die Forderung eines Präcipuum von mindestens 2000 Rbl. S. M. geltend, indem defuncti Töch-

ter erster Ehe, Frauen B. und S. — abgesehen von dem ihnen vom Vater bei Eingehung der zweiten Ehe ausgesagten Gelde — jede außer einer freien Hochzeit, deren Kosten 1000 Rbl. Bco. betrugen, und außer einer Aussteuer an Sachen, welche 3000 Rbl. Bco. gekostet, eine Mitgabe in baarem Gelde, im Betrage von 3000 Rbl. Bco. Ass. erhalten, und kein Grund vorhanden sei, der Tochter zweiter Ehe dasjenige zu entziehen, was die Töchter erster Ehe bekommen hätten, zumal der Vater bei seinen Lebzeiten seinen Willen bestimmt dahin ausgesprochen, daß seine Tochter J. unter keiner Bedingung weniger erhalten solle, als die Töchter erster Ehe. Diesen Anforderungen stellten die Impetrantinnen, Frauen B. und S., in allen einzelnen Momenten durchgängigen Widerspruch entgegen, indem sie sowohl die factische, als die rechtliche Begründung derselben in Abrede stellten."

Der von beiden Theilen geführte Be- und Gegenbeweis ergab, daß 1) nach den von dem Erblasser hinterlassenen, von sämmtlichen Erben für richtig anerkannten, genau specificirten Aufzeichnungen die Aussteuer mit Inbegriff der Hochzeitskosten betragen hat: für die älteste Tochter E. D. 780 Rbl. 73 Kop., für die zweite L. A. 786 Rbl. 21 Kop. S. M. Zwar ist von Impetrantinnen behauptet worden, daß Impetratinnen noch andere Gegenstände von Werth, die in den obgenannten Aufzeichnungen nicht angegeben seien, erhalten; allein es ist von Impetratinnen dargethan, daß die gedachten andern Gegenstände denselben theils schon vor dem Brautstande geschenkt, theils Hochzeitsgeschenke gewesen, theils sogar remuneratorische Schenkungen, welche daher insgesammt nicht

in Betracht kommen, wo von einer Theilung des Nachlasses die Rede ist. 2) Anlangend die von Impetrantinnen prätendirte Mitgabe von 3000 Rbl., ist von Impetratinnen erwiesen worden, daß jene Summe von 3000 R., welche jede der Impetratinnen und resp. ihre Ehemänner nach der Verheirathung vom Vater erhalten, keineswegen eine Mitgabe, vielmehr ein großväterliches, ihnen bei ihrer Verheirathung auszuzahlendes Legat gewesen, welches daher der Vater ihnen geschuldet.

„Zwar haben Impetrantinnen ihre ursprünglich auf Gleichstellung der jüngsten Tochter defuncti, aus der zweiten Ehe, mit deren beiden Stiefschwestern durch ein Präcipuum gestellte Klage in der Replik dahin ändern wollen, daß sie von den Impetratinnen, defuncti Töchtern erster Ehe, die Collation des von ihnen Vorausempfangenen zur Masse verlangt haben. Allein darauf hat um so weniger Rücksicht genommen werden dürfen, als es in dem hieselbst geltenden lübischen Stadtrecht B. V. Tit. 3. Art. 1 ausdrücklich heißt: „Wird eine Klage angestellt, darauf der Krieg befestiget, die kann man darnach nicht endern noch verhöhen; verringern mag er sie aber." Denn wenngleich an sich, und wenn bloß von einer Theilung unter Geschwistern die Rede, es keinen Unterschied machen kann, ob der Unausgesteuerte durch Vorausnahme einer gleichen Summe, wie der Ausgesteuerte sie früher empfangen, vor der Theilung, oder durch Einwerfung des Vorausempfangenen in die Erbmasse von Seiten der Ausgesteuerten und darauf erfolgende Theilung, den Ausgesteuerten gleichgestellt wird, so ändert sich doch das Verhältniß wesentlich durch die Theilnahme der Wittwe, deren Erbtheil

(Kindestheil) in dem letzteren Falle vermehrt würde, was aber eben, nach der allegirten Stelle des lübischen Rechts, da die Wittwe Mitklägerin ist, nicht geschehen darf, und auch aus andern Gründen unzulässig ist. Nach einem in R . . unbestritten geltenden Herkommen pflegt nämlich bei Erbtheilungen zwischen Schwestern, wenn ausgesteuerte mit unausgesteuerten concurriren, den letzteren aus dem väterlichen Nachlasse eine der Aussteuer der ersteren gleichkommende Summe voraus zugestanden zu werden, ohne daß der Mutter eine gleiche Vergünstigung gewährt würde; indem vielmehr die Mutter erst nach solcher Gleichstellung der Geschwister zur Theilung zugelassen wird; wie denn auch sowohl Mevius in seinem Commentarius ad ius Lub. P. II. Tit. 2. Art. 28 No. 91 sqq., als Stein in der Abhandlung des lübischen Rechts Bd. II. § 198 die Mutter von jeder Theilnahme an dem von den Kindern Conferirten entschieden ausschließen.

Wenn demnach dieses Princip festgestellt ist, so fragt es sich nur noch, wieviel die Impetrantin J. v. H., geb. F., zur Gleichstellung mit ihren impetratischen Stiefschwestern als Präcipuum aus dem väterlichen Nachlasse fordern darf. Zunächst kann 1) hinsichtlich des großväterlichen Legats von 3000 Rbl. Bco., welche jeder der Impetratinnen, resp. deren Ehemännern, von defuncto ausgezahlt worden, kein Zweifel darüber obwalten, daß rücksichtlich solchen Legats, da es gar nicht aus des Erblassers eigenem Vermögen, als angebliche Mitgabe, geflossen, sondern eine Schuld desselben war, von der Impetrantin eine Gleichstellung mit ihren Schwestern keineswegs prätendirt werden darf. Anders verhält es sich dagegen 2) mit der

Aussteuer und den Hochzeitskosten. Zwar halten sich Impetratinnen zu deren Collation nicht für verpflichtet, aber zunächst nur aus dem Grunde, weil ihnen in dem vom Vater bei Eingehung der zweiten Ehe ausgestellten Aussageinstrumente vom 24. August 1824, außer der im § 2 bestellten eigentlichen Aussage, auch noch im § 3 „bei ihrer Verheirathung eine freie Hochzeit und Aussteuer" zugesichert, und in § 5 gesagt wird: „Verbleiben meinen Kindern deren Erbrechte an meinen künftigen Nachlaß, er bestehe, worin er wolle, ungekränkt, und erben sie demnach, nachdem sie zuvor das ihnen vorausgesagte Vermögen als ein Präcipuum voraus erhalten haben, mit denen in dieser zweiten Ehe etwa erzielt werdenden Kindern und mit meiner künftigen Ehefrau, welche im beerbten sowohl, als unbeerbten Falle Kindestheil erhält, zu gleichen Theilen nach Häupterzahl." Allein die Clausel einer „freien Hochzeit und Aussteuer", welche in die bei dem hiesigen Waisengericht errichteten Aussageinstrumente in der Regel aufgenommen zu werden pflegt, hat keinen andern Zweck und keine andere Bedeutung, als daß die Kosten der künftigen Hochzeit und Aussteuer nicht aus der Aussagesumme bestritten werden dürfen; vielmehr die Aussage den Kindern erster Ehe, wenn sie verheirathet oder großjährig werden, ungeschmälert zu entrichten, durch nichts zu belasten ist. Keineswegs aber ist diese Clausel so zu verstehen, noch je beim hiesigen Waisengerichte so verstanden worden, als wenn die zugesagte „freie Hochzeit und Aussteuer" einen Bestandtheil der den Kindern erster Ehe als Präcipuum gebührenden Aussage bilden. Mithin kann auch der Ausdruck „ungekränkt" im § 5 des Instrumentes keineswegs

auf eine Befreiung von der Collation der Hochzeits- und Aussteuerkosten bezogen werden. Dies ist aber auch um so weniger anzunehmen, als der Erblasser genau specificirte Verzeichnisse der Aussteuer seiner Töchter erster Ehe eigenhändig angefertigt, und den Betrag beider Aussteuern bis auf den geringen Unterschied von 5 Rbl. 48 Kop. S. M. gleichgestellt hat. Es muß nämlich schon daraus die Vermuthung geschöpft werden, daß der Vater alle seine Töchter in Beziehung auf die Aussteuer einander hat gleichstellen wollen, als weshalb denn auch der unausgesteuert hinterbliebenen Tochter, gegenwärtigen Impetrantin J., nunmehr verehelichten v. H., die Summe von 786 Rbl. 21 Kop. S. M., nämlich derselbe Betrag, auf welchen sich die Kosten der Hochzeit und Aussteuer ihrer Stiefschwester L. A., verehel. S., belaufen, als Präcipuum aus der väterlichen Erbschaft hat zugestanden werden müssen; wie denn auch, zur völligen Ausgleichung mit ihnen, der ältesten Tochter defuncti, E. D., verehel. B., offen zu lassen, die Summe von 5 Rbl. 48 Kop. S. M., welche an dem Betrage der ihr vom Vater gereichten Hochzeits- und Aussteuerkosten im Vergleiche zu denen der Schwester L. A. fehlt, auch noch vorwegzunehmen."

6.

Abscheid des e . . . schen W . . . gerichts in Supplikſachen des Flottlieutenants G. v. M., betreffend die Theilung des Nachlasses seiner verstorbenen Ehegattin, geb. L. H. v. M., mit seinen Kindern erster Ehe, publicirt am 19. März 1820.

Zweite Ehe des Wittwers — Aussage und Theilung des mütterlichen Nachlasses mit den Kindern — Nießbrauch und Verwaltung des mütterlichen Guts.

„Daß die von supplicantischem Herrn Flottlieutenant G. v. M. für seine in der ersten Ehe, mit seiner wohlseligen Gemahlin, gebornen L. H. v. M., erzeugten Kinder ratione maternorum gethane Aussage, in Rücksicht des dabei versirenden Interesses seiner annoch unmündigen Kinder erster Ehe, nur dergestalt zu genehmigen sei, daß ihm 1) bei der dereinstigen Theilung mit denselben aus dem von seiner verstorbenen Gattin nachgelassenen Gute T. nur ein Kindestheil, keinesweges aber auch ein Kindestheil für seinen, vor seiner zweiten Verehelichung verstorbenen Sohn A. gebühre; 2) daß ihm von den nachgelassenen und mit 3252 Rbl. S. M. und 6500 Rbl. B. Aſſ. aufgegebenen ausstehenden Forderungen seiner wohlseligen Gemahlin nicht die Hälfte, sondern gleichfalls nur ein Kindestheil gesetzlich zuzubilligen sei, und daß 3) die Nutznießung und Disposition des mütterlichen Gutes ihm nur bis zur Volljährigkeit seiner unmündigen Kinder, Namens derselben, keinesweges aber ad dies vitae, dergestalt zu überlassen sei, daß er dagegen für deren Er-

ziehung und Unterhalt väterlich zu sorgen, die darauf etwa zu verwendenden Meliorationen aber bei der dereinstigen Theilung mit denselben nicht ersetzt zu verlangen habe.

Denn wenngleich in Gemäßheit des Art. 2 Tit. IX. Lib. 3 der esthl. Ritter- und Landrechte der Nachlaß der ohne Erben verstorbenen Kinder den Eltern derselben zufällt, so ist dieses doch nur von dem Falle zu verstehen, wo die Kinder wirklich ein eigenthümliches oder bereits abgetheiltes Vermögen besitzen. Nach dem Tode seiner wohlseligen Gemahlin blieb aber Herr Supplicant, obgleich es ihm freistand sich mit seinen Kindern in dem nachgelassenen mütterlichen Vermögen gesetzlich zu theilen, in dem ungetheilten Besitz des Gutes T., dessen Nutznießung und Disposition ihm allerdings bis zu seiner zweiten Verehelichung zustand. Sein, belehre des beigebrachten Todesscheines, vor seiner zweiten Verehelichung verstorbener Sohn A. besaß mithin noch kein eigenthümliches, sondern nur ein mit seinen sämmtlichen Geschwistern gemeinschaftliches Vermögen, an welches dieselben als solches ein gleiches Recht haben, als der zur zweiten Ehe schreitende Vater. — Eben so wenig hat denn auch Herrn Supplicanten die Hälfte der von seiner verstorbenen Gemahlin nachgelassenen ausstehenden Forderungen zugestanden werden können, indem der Art. 7. Tit. XVII. Lib. 3 der Ritter- und Landrechte in Hinsicht dieses Punkts auf den Art. 5 Tit. IX. Lib. 3 gedachter Ritter- und Landrechte ausdrücklich verweiset, dort aber nur der unbeerbten Wittwe, und mithin, bei der Reciprocität der Rechte der Ehegatten, auch nur dem unbeerbten Wittwer,

die Hälfte der ausstehenden Schulden und Obligationen des verstorbenen Ehegatten zuerkannt wird. Eben so wenig hat denn auch Herrn Supplicanten die auf seine Lebenszeit prätendirte Nutznießung und Disposition des mütterlichen Gutes T. ratione seiner unmündigen Kinder gestattet werden können, obgleich selbige ihm, in der gewissen Voraussetzung, daß er als Vater am besten für den Vortheil seiner Kinder erster Ehe sorgen werde, unter der ausdrücklichen Bedingung, bei der dereinstigen Theilung keine Meliorationen in Berechnung bringen zu dürfen, bis zu deren Volljährigkeit zu überlassen gewesen ist. Zwar vermeint Herr Supplicant, daß ihm die lebenslängliche Nutznießung und Disposition des Gutes T. in Gemäßheit des Art. 15 Tit. VIII. Lib. 3 der Ritter- und Landrechte zustehe; aus dem zur Unterstützung seiner Behauptung angeführten Gesetz hat sich aber bei näherer Beprüfung keinesweges das ergeben, was daraus gefolgert werden wollen, indem dasselbe offenbar nur von dem Falle spricht, wie es bei der Theilung des elterlichen Vermögens gehalten werden soll, wenn der zuletzt verstorbene Ehegatte Kinder aus zweien Ehen zurückläßt, und dessen Nachlaß unter ihnen getheilt werden soll. Dagegen verordnet aber der Art. 1 Tit. XI. Lib. 3 der Ritter- und Landrechte, unter Verweisung auf den Art. 5 Tit. IX. Lib. 3, klar und deutlich, wie es mit dem mütterlichen Gute zu halten sei, falls der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreiten würde. Wenn nun gleich der angeführte Art. 5 Tit. IX. Lib. 3 nur von den Rechten und Verbindlichkeiten einer unbeerbten Wittwe spricht, die bei ihrer zweiten Verehelichung ihres Mannes Gut unter den

daselbst vorgeschriebenen Bedingungen den nächsten Freunden und Anverwandten desselben auszuliefern verbunden ist, so beschränken sich doch auch in Gemäßheit des Art. 6 Tit. XVII. Lib. 3 der Ritter- und Landrechte die Gerechtsame einer beerbten Wittwe, die nicht bei ihren Kindern bleiben will, — was denn ohne Zweifel der Fall ist, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, — nur auf ein Kindestheil. Es wäre mithin Herr Supplicant, bei der durchgängigen Reciprocität der Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten und bei der klaren Vorschrift der Gesetze, gegen welche das völlig abweichende römische, nur in subsidium geltende Recht in gar keine Erwägung gezogen zu werden verdient, allerdings rechtlich verbunden, sich auch in dem mütterlichen Gute T. mit seinen Kindern erster Ehe bereits jetzt zu theilen; da aber dieselben sich noch größtentheils in einem sehr jugendlichen Alter befinden, und Herr Supplicant für deren Erziehung väterlich zu sorgen versprochen, seine Aussage auch, bis auf die hier als widergesetzlich gerügten Anforderungen, in allen übrigen Punkten zu deren Besten gethan worden, und daher Namens seiner unmündigen Kinder zu acceptiren gewesen ist, so hat ihm auch die gewünschte Nutznießung und Disposition des mehrgedachten Gutes T., jedoch nur bis zur Volljährigkeit seiner annoch unmündigen Kinder, unter den obangegebenen Bedingungen und in der gewissen Ueberzeugung, daß er selbiges mit väterlicher Sorgfalt verwalten werde, nicht verweigert werden mögen". —

IV.

Die Strafe der Tödtung im Zweikampf,

nach dem russischen Strafgesetzbuch.

Von

Dr. F. G. von Bunge.

Die Strafe der Tödtung im Zweikampf wird in dem am 15. August 1845 Allerhöchst bestätigten Strafgesetzbuch Art. 1976 nachstehend bestimmt:

„За поединокъ, коего послѣдствіемъ будетъ смерть или нанесеніе увѣчья или тяжкой раны, виновный въ томъ, если обида, давшая поводъ къ сему, или же въ случаѣ, когда того узнать съ достовѣрностію нельзя, если вызовъ на сей поединокъ сдѣланъ имъ, подвергается:

заключенію въ крѣпости, въ случаѣ смерти, на время отъ шести до десяти лѣтъ, а въ случаѣ нанесенія увѣчья или тяжкихъ ранъ, на время отъ трехъ до шести лѣтъ.

Когдажъ не онъ былъ причиною поединка и вызовъ сдѣланъ его противникомъ, то въ случаѣ смерти сего противника, онъ приговаривается:

къ заключенію въ крѣпости на время отъ трехъ до шести лѣтъ,

а въ случаѣ нанесенія ему увѣчья или тяжкихъ, но не смертельныхъ ранъ,

на время отъ одного года до трехъ лѣтъ,

смотря по обстоятельствамъ, болѣе или менѣе увеличивающимъ или уменьшающимъ вину его.«

In der officiellen deutschen Übersetzung lautet dieser Artikel so:

„Für einen Zweikampf, der eine Tödtung, Verstümmelung oder schwere Verwundung zur Folge hat, unterliegt der dessen Schuldige, falls die Beleidigung, welche die Veranlassung zum Zweikampf gegeben, oder, wenn solches mit Bestimmtheit nicht zu ermitteln ist, die Herausforderung zum Zweikampfe von ihm ausgegangen ist:

der Festungsstrafe, — im Fall der Tödtung auf eine Zeit von sechs bis zehn Jahren, im Fall einer Verstümmelung oder schweren Verwundung aber, auf eine Zeit von drei bis sechs Jahren.

Wenn jedoch nicht er die Ursache zum Zweikampfe gegeben, und die Herausforderung von seinem Gegner ausgegangen ist, so wird er, im Fall des Todes dieses Gegners, verurtheilt:

zur Festungsstrafe auf eine Zeit von drei bis sechs Jahren;

falls er ihn aber verstümmelt oder schwer jedoch nicht tödtlich verwundet hat,

auf eine Zeit von einem Jahre bis zu drei Jahren,

je nach den mehr oder weniger erschwerenden oder mildernden Umständen."

Freier, aber dem Sinne nach mit der vorstehenden übereinstimmend, ist folgende Übersetzung C. v. S(acken's) 1):

»Wenn der Urheber der Beleidigung, welche den Zweikampf veranlaßt hat, seinen Gegner tödtet, so trifft ihn sechs- bis zehnjähriger Festungsarrest. Wenn er ihn verstümmelt oder schwer verwundet, so erleidet er drei- bis sechsjährigen Festungsarrest. — Wo der Urheber der Beleidigung nicht auszumitteln ist, treffen diese Strafen den Herausforderer, welcher seinen Gegner tödtet, verstümmelt oder schwer verwundet. — Wer aber ohne den Zweikampf veranlaßt zu haben, vom Gegner herausgefordert, diesen tödtet, wird nach Umständen, mit drei- bis sechsjährigem Festungsarrest, und falls er ihn bloß verstümmelt oder schwer, jedoch nicht tödlich verwundet, mit ein- bis dreijährigem Festungsarrest belegt.«

Nach diesen beiden Übersetzungen hat es den Anschein, als wenn unser Artikel die Strafe nur für folgende Fälle bestimme:

1) wo der Thäter zugleich der Beleidiger, oder — wenn der Urheber der Beleidigung nicht zu ermitteln — der Herausforderer gewesen.
2) wo der Thäter weder Urheber der Beleidigung gewesen, noch auch herausgefordert hat.

Es wäre demnach eine Lücke im Gesetz, indem es keine Bestimmung enthielte über den Fall, wo der Thäter

1) Strafgesetzbuch des russischen Reichs. Deutsch bearb. von C. S. Carlsruhe u. Baden 1847. 8.

zwar der Beleidigte, zugleich aber der Herausforderer gewesen; ja man könnte noch einen andern Fall als unberücksichtigt annehmen. Denn soll das Maaß der Strafe sowohl dadurch, wer beleidigt, als dadurch, wer herausgefordert hat, normirt werden, so sind vier Fälle denkbar:

1) der Thäter war Urheber der Beleidigung und von ihm ging zugleich die Herausforderung aus;
2) er war zwar Urheber der Beleidigung, ist aber vom Gegner gefordert worden;
3) der Thäter war der Beleidigte und die Herausforderung ging von ihm aus, und
4) er war vom Gegner sowohl beleidigt, als herausgefordert worden.

In der That nehmen manche Gesetzgebungen auf diese vier Fälle Rücksicht, und graduiren nach ihnen die Strafe 2).

---

2) So heißt es z. B. im Project du code pénal du royaume des Pays-bas (Bruxelles 1827):

„Art. 216: Celui qui après avoir reçu l'offense et avoir fait le defi, aura privé sa partie adverse de la vie, sera puni d'emprisonnement ou de rélégation avec ou sans bannissement, qui, ensemble ou séparément, n'excéderont pas huit années. — Art. 217. Sera puni des mêmes peines celui qui, après avoir fait l'offense et accepté le defi de son adversaire, lui aura porté un coup mortel. — Art. 218. Celui qui, après avoir reçu l'offense et accepté le defi aura porté à son adversaire un coup mortel, sera puni d'un emprisonnement ou d'un bannissement pour quatre années au plus, conjointement ou séparément. — Art. 224. N'est point considéré comme duel le cas, où l'offensant, étant en même temps provocateur, aura tué son adversaire, ce délit sera puni dans ce cas con-

Es frägt sich demnach, ob auch in unserem Strafgesetzbuche diese vier Fälle haben unterschieden werden sollen? Gegen die Richtigkeit einer solchen Annahme muß schon der Umstand Zweifel erregen, daß man alsdann nicht umhin könnte, eine Lücke im Gesetz zu finden, da dasselbe außer dem im Eingange aufgeführten Artikel keine Bestimmung über das Duell mit tödtlichem Ausgange (und was demselben gleichgestellt wird) enthält. Denn eine Lücke ist jedenfalls nicht zu präsumiren, und läßt sich das Gesetz in einer Weise auslegen, daß dasselbe alle möglicher Weise vorkommenden Fälle erschöpft, so muß eine solche Auslegung unstreitig den Vorzug verdienen. Und es liegt eine Interpretation der Art in der That sehr nahe.

Unser Strafgesetzbuch betrachtet offenbar die Herausforderung als eine minder strafbare Handlung. Das höchste Strafmaß für die Provocation, als solche, selbst wenn der Zweikampf darauf gefolgt, wenn letzterer nur ohne Blutvergießen beendet worden, ist ein Arrest von drei Monaten, und im Wiederholungsfalle eine Festungsstrafe von sechs Monaten 3). Ja es wird die Herausforderung in dem Falle sogar für straflos erklärt, wenn sie durch eine dem Herausforderer oder einem ihm nahe angehörigen Individuum widerfahrene schwere Beleidigung herbeigeführt

---

formément aux dispositions des titres 5 (du meurtre et de l'homicide) et 6 (des blessures, meurtrissures, outrages ou querelles avec voies de fait, ainsi que de l'insulte et de la calomnie).

Vergl. Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für Preußen. (Berlin 1838. 8.) Th. II. S. 435 fg.

3) Strafgesetzbuch Art. 1970.

ist, und keine Folgen gehabt hat 4). Weit strafbarer dagegen, als die Herausforderung, erscheint nach unserem Strafcodex die Beleidigung, indem diese als die eigentliche Veranlassung zum Duell angesehen, und im Gesetzbuch wiederholt als solche bezeichnet wird 5). Daher kommt es denn auch bei Beurtheilung der Strafbarkeit des blutigen 6) Duells, wenigstens primär, ganz und gar nicht darauf an, von wem die Herausforderung ausgegangen, vielmehr darauf, wer durch Zufügung einer Beleidigung zur Herausforderung und zum Duell selbst die Veranlassung gegeben. Der Beleidiger wird, weil er als solcher zugleich Urheber des Zweikampfs ist, der schwereren Strafe unterworfen; der Andere, d. i. der Beleidigte, einer leichteren. Bloß diese beiden Fälle unterscheidet unser Strafgesetzbuch, und nur secundär, in subsidium, wenn nämlich nicht ermittelt werden kann, welcher von beiden Theilen der Urheber der Beleidigung gewesen, —

4) Das. Art. 1972.

5) S. außer dem oben angeführten Art. 1976, auch den Art. 1978: „die den Zweikampf veranlassende Beleidigung"; desgl. Art. 1971, 1972, 1973.

6) Anders ist es freilich bei dem nicht blutigen Duell; bei diesem soll zunächst darauf gesehen werden, wer der Herausforderer ist. Diesen trifft die schwerere Strafe (Art. 1970), und diese wird noch geschärft, wenn der Herausforderer zugleich die erste Veranlassung zum Streite gab, wenn er zugleich Urheber der den Zweikampf veranlassenden Beleidigung war (Art. 1971). Der Herausgeforderte dagegen wird, wenn er die Herausforderung angenommen, ja wenn das Duell stattgefunden, aber ohne Blutvergießen geendet, nur mit Arreststrafe von drei bis sieben Tagen belegt (Art. 1975).

nur in diesem Zweifelsfalle, Nothfalle 7) — soll Behufs der Bestimmung des Strafmaßes darauf gesehen werden, von wem die Herausforderung ausgegangen ist. Dadurch wird aber, streng genommen, die Zahl der möglichen Fälle nicht vermehrt; es werden immer nur *zwei* verschiedene Fälle, daher auch nur zwei Strafcategorien, angenommen. Ist es nämlich nicht zweifelhaft, wer der Urheber der den Zweikampf veranlassenden Beleidigung gewesen, so trifft die schwerere Strafe den Beleidiger, die leichtere den Beleidigten, — und welcher von ihnen der Herausforderer gewesen, ist durchaus indifferent; das Hinzukommen *dieser* Handlung an sich vermehrt ebensowenig die Strafbarkeit des Hauptvergehens, als die Strafe des Urhebers der Beleidigung dadurch gemildert wird, daß er nicht zugleich der Herausforderer war. Erst wenn der autor rixae nicht zu ermitteln ist, entscheidet der Umstand, wer der Herausforderer gewesen: *diesen* trifft dann die schwerere, den Herausgeforderten die leichtere Strafe. Allein dies sind keine neuen, von den beiden vorhergenannten unterschiedene Fälle. Vielmehr nimmt hier offenbar der Herausforderer nur die Stelle des Urhebers der Beleidigung ein, der Herausgeforderte die des Beleidigten; es wird hierdurch gewissermaßen die rechtliche Vermuthung begründet, daß der Herausforderer auch der autor rixae gewesen, mithin dieselbe Strafe zu erleiden habe, die letzterer, wenn er als solcher ermittelt wäre, hätte erdulden müssen.

---

7) Auch der oben Anm. 2 angeführte niederländische Entwurf nimmt auf einen solchen Nothfall Rücksicht im Art. 222. S. die dort allegirte „Zusammenstellung" a. a. O.

Daß die vorstehenden Grundsätze von unserem Strafgesetzbuch adoptirt sind, ergiebt sich auf das unzweideutigste aus dem Art. 1978, der von der Strafe des Duells handelt, welches nur eine leichte Verwundung zur Folge hatte, indem es daselbst — nach der officiellen Übersetzung — wörtlich heißt:

»Für einen Zweikampf, der zwar nicht ohne Blutvergießen, jedoch nur mit leichten Verwundungen endet, welche das Leben des Verwundeten keiner Gefahr unterziehen, und ihn weder mit einer Verstümmelung, noch mit einer wesentlichen Zerrüttung seiner Gesundheit bedrohen, unterliegen die Schuldigen:

der Gefängniß- oder der Festungsstrafe:

derjenige, von welchem die den Zweikampf veranlassende Beleidigung ausgegangen, oder, falls solches mit Bestimmtheit nicht ermittelt werden kann, der Herausforderer:

auf eine Zeit von einem Jahre bis zu zwei Jahren;

der Andere aber —

auf eine Zeit von drei bis sechs Monaten.« 8)

---

8) Im russischen Original lautet dieser Artikel:
„За поединокъ, окончившiйся хотя не безъ кровопролитiя, но лишь нанесенiемъ легкихъ ранъ, неподвергающихъ жизнь получившаго ихъ опасности и негрозящихъ ему ни увѣчьемъ, ни важнымъ въ здоровьѣ разстройствомъ, виновные подвергаются:

заключенiю въ тюрьмѣ или крѣпости:

тотъ, которымъ нанесена давшая оному поводъ обида, или буде сего съ достовѣрностiю узнать нельзя, тотъ, кѣмъ сдѣланъ вызовъ,

на время отъ одного года до двухъ лѣтъ,

Einfacher und deutlicher, als es im letzten Satze durch die Worte »der Andere aber« geschehen (alter — alter), kann es gar nicht ausgedrückt werden, daß das Gesetz nur zwei Fälle, als erschöpfend, annimmt: Die schwerere Strafe trifft: den Beleidiger; ist dies zweifelhaft: den Herausforderer; die leichtere Strafe: »den Andern.« Wer kann unter diesem »Andern« wohl anders gemeint sein, als derjenige, welcher beleidigt worden, oder, falls der Urheber der Beleidigung nicht mit Bestimmtheit zu ermitteln ist, der Herausgeforderte.

Vergleichen wir mit diesem Art. 1978 den Eingangs aufgeführten, die Strafe des tödtlichen Duells normirenden Art. 1976, so finden wir in der Unterscheidung der Fälle wenigstens insofern eine große Übereinstimmung zwischen beiden, als der erste, mit der schwereren Strafe bedrohte Fall in beiden fast wörtlich gleichlautend angegeben ist; nur der andere Fall, der im Art. 1978 bloß durch den einfachen Gegensatz: »der Andere aber« bezeichnet wird, ist im Art. 1976 ausführlicher definirt, und zwar scheinbar anders, als der directe Gegensatz lauten würde, indem für diesen Fall als Requisit aufgestellt wird: »daß der

---

а другой —
на время отъ трехъ до шести мѣсяцевъ."

C. v. Sacken übersetzt dies so:

„Haben bei einem Zweikampf nur leichte Verwundungen ohne Verstümmelung und ohne bedeutende Gesundheitsstörung stattgefunden: so werden beide Duellanten mit Gefängniß oder Festungsarrest belegt, und zwar der Urheber der Beleidigung, die den Zweikampf veranlaßt hat, oder falls dieser nicht auszumitteln ist, der Herausforderer, auf ein bis zwei Jahre, dessen Gegner aber auf drei bis sechs Monate."

Schuldige nicht die Ursache zum Zweikampfe gegeben und die Herausforderung von seinem Gegner ausgegangen ist,« oder, wie es in der v. Sacken'schen Übersetzung heißt, daß er, »ohne den Zweikampf veranlaßt zu haben, vom Gegner herausgefordert sei.«

Es scheint hiernach, die leichtere Strafe könne nur derjenige in Anspruch nehmen, der seinen Gegner weder beleidigt, noch herausgefordert hat. — Allein der Schein trügt hier offenbar. Zwar werden die eben gedachten beiden Requisite, das der Nichturheberschaft der Beleidigung und das des Herausgefordertseins, auch in dem russischen Original durch die Conjunction »и« verbunden. Es ist jedoch bekannt, daß diese Conjunction nicht bloß copulativ, wie das deutsche »und«, sondern auch disjunctiv, für »auch«, »ebenso«, »desgleichen« gebraucht wird. Ja selbst das deutsche »und« hat diese Bedeutung, und wenn der Gesetzgeber gesagt hätte: »die leichtere Strafe trifft den Beleidigten, und — falls der autor rixae nicht ermittelt werden kann — den Herausgeforderten«, so würde Niemand behaupten wollen, um die leichtere Strafe in Anspruch zu nehmen, dürfe der Duellant weder beleidigt, noch gefordert haben. Und anders, als eben angegeben, kann und darf denn auch der zweite Satz in unserem Art. 1976 in der That nicht ausgelegt und verstanden werden; denn offenbar sind die Worte »falls der Urheber der Beleidigung nicht ermittelt werden kann«, die schon im ersten Satze stehen, auch im zweiten, nach dem Wörtchen и zu subsumiren; sie sind nur der Kürze des Ausdrucks wegen weggelassen, eben weil sie schon im vorhergehenden Satze

enthalten sind, und sich hier gewissermaßen von selbst verstehen. Daß dieser zweite Satz einen Gegensatz zum ersten bilden soll, erscheint schon an sich mehr als wahrscheinlich, und wird zur Gewißheit, wenn wir diesen Artikel mit dem Art. 1978 vergleichen und beide einander gegenüberstellen, und vollends wenn wir erwägen, daß auch die Lücke, welche wir sonst als vorhanden annehmen müßten, dann ausgefüllt erscheint. Demnach müßte der Art. 1976 anders, als in den bisherigen Übersetzungen geschehen, im Deutschen wiedergegeben werden. Folgende Fassung dürfte richtiger sein 9):

„Für einen Zweikampf, welcher den Tod, die Verstümmelung oder schwere Verwundung (des Gegners) zur Folge hat, unterliegt der Thäter, wenn die Beleidigung, welche das Duell veranlaßt, oder falls solches (der Urheber der Beleidigung) nicht mit Sicherheit ermittelt werden kann — wenn die Herausforderung zum Zweikampf von ihm ausgegangen:

der Festungsstrafe ꝛc.

Wenn dagegen der Thäter nicht Urheber des Duells (d. i. der das Duell veranlassenden Beleidigung) gewesen, desgleichen (falls nämlich der Urheber der Beleidigung nicht zu ermitteln ist) wenn die Herausforderung vom Gegner ausgegangen ist, so wird jener, im Falle des Todes dieses Gegners, verurtheilt:

zur Festungsstrafe“ ꝛc.

---

9) Das mit kleinerer Schrift Gedruckte sind erläuternde, wenngleich nicht unerläßliche Einschaltungen.

Schließlich kann hier eine Bemerkung über die bisherigen beiden deutschen Übersetzungen unseres Strafgesetzbuchs nicht unterdrückt werden. So sehr man an der v. Sacken'schen Übersetzung das Streben nach Kürze und Präcision des Ausdrucks anerkennen muß, so bedenklich ist es doch, daß sie durch zu große Freiheit oft über die Gebühr, oder doch ohne Noth, vom Buchstaben des Originals sich entfernt, und dadurch weniger zuverlässig wird, als die officielle Version, welche sich sehr treu an den Wortlaut anschließt, wenn auch darunter der Stil nicht selten leidet. Namentlich ist der Vortheil, den die wörtliche officielle Übersetzung gewährt, bei der Interpretation des vorstehend besprochenen Artikels 1976 in die Augen springend; aus der Sacken'schen ergiebt sich die hier entscheidende Analogie zwischen den Art. 1976 und 1978 lange nicht so deutlich; ja es wäre, auf Grundlage der letztern Übersetzung allein, die hier versuchte Auslegung kaum möglich gewesen.

Nachtrag. Der vorstehende Aufsatz ist bereits in der ersten Hälfte des Jahres 1848 geschrieben und gedruckt, und konnte daher auf das unterm 9. Juli 1849 Allerhöchst bestätigte Gutachten des Reichsraths keine Rücksicht nehmen. Dieses Gesetz soll jedoch am Schlusse des Bandes in extenso zur Ergänzung des Aufsatzes mitgetheilt werden.

V.

Welche Wirkung hat die theilweise Abtragung einer obligatio naturalis?

Von

Dr. D. C. v. Madai,

ord. Professor des röm. Rechts an der Universität zu Kiel.

Auch unserm heutigen Rechte ist der Gegensatz von obligationes civiles und naturales nicht völlig fremd. Es muß anerkannt werden, daß es Forderungen giebt, denen die Klagbarkeit fehlt, obwohl sie immerhin auf anderm Wege, z. B. durch Compensation, Novation u. s. f., geltend gemacht werden können. Ich will mich dafür nicht auf das Beispiel verjährter Schuldforderungen berufen, denn von Alters her hat es angesehene Civilisten gegeben und giebt es deren noch jetzt, die der Meinung sind, daß mit Verjährung der Schuldklage auch das ihr zu Grunde liegende Forderungsrecht erloschen sei — obwohl ich meines Theils diese Ansicht als hinreichend begründet nicht erachten kann —: vielmehr will ich als allseitig unbestrittenen Falls einer obligatio naturalis zunächst der Darlehnsforderung erwähnen, welcher die exceptio SCti. Macedoniani entgegensteht. Mag immerhin im practischen Leben gerade dieser Fall, zumal bei der veränderten Stellung der väterlichen Gewalt, nicht so gar häufig zur Sprache kommen: eine allgemeinere Bedeutung hat er jedenfalls in Esthland, dessen Ritter- und Landrecht das SCtum Macedonianum

auf Geldschulden der Minderjährigen, auch ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, überträgt 1). — Nicht minder kann hingewiesen werden auf Schuldverpflichtungen der Unmündigen, die, ohne Zustimmung der Vormünder übernommen, wenigstens in manchen Beziehungen auch bei uns noch die Kraft natürlicher Verbindlichkeiten haben. So namentlich, wenn der Unmündige, nachdem er mündig geworden und die freie Disposition über sein Vermögen erlangt hat, jene Verbindlichkeiten sei es abträgt, sei es anerkennt. Hätten diese Verbindlichkeiten nicht gleich anfangs den Character einer obligatio naturalis, so würde im Falle späterer Zahlung die conditio indebiti zulässig, im Falle späterer Anerkennung keine Novation möglich sein. Gleichwohl spricht die L. 64 pr. D. ad SCt. Trebellianum (36, 1) dem Erben eines Pupillen, hat er unter Umständen, wie sie oben vorausgesetzt wurden, Zahlung geleistet, ausdrücklich die conditio indebiti ab, — erkennt also darin die Schuld des Pupillen als eine obligatio naturalis an, — und nicht minder erklärt die L. 191 D. de novationibus (46, 2), es könne auch die von einem Pupillen „sine tutoris auctoritate" übernommene Verbindlichkeit Gegenstand einer rechtsgültigen Novation sein. Endlich aber mag hier noch einer häufig wiederkehrenden Anwendung der obligatio naturalis gedacht sein. Es pflegt auf Universitäten durch s. g. Creditreglements dafür gesorgt zu sein, daß Studirende sich über ein bestimmtes Maaß hinaus rechtsverbindlich nicht

1) Esthl. R. u. L. R. B. IV. Tit. I. Art. 2. Vgl. meine Abhandlung „das Röm. R. im Esthl. R. u. L. R." in den „Erörterungen". Bd. I. S. 205 u. 259 fgg.

verpflichten können. Dies muß, wo nicht der Wortlaut des Gesetzes dem entschieden entgegensteht, dahin ausgelegt werden, die über dieses Maaß hinaus contrahirten Forderungen sollen des Klagerechts entbehren, m. a. W. also bloße obligationes naturales sein. Ja es ist in manchen dieser Creditreglements diese Folge ausdrücklich ausgesprochen.

Wo nun eine obligatio naturalis vorliegt, kann es fraglich werden, welche Wirkung die spätere Abtragung eines Theils der Schuld, oder die Bestellung eines Pfandes für dieselbe habe?

Wir vermissen in unsern gemeinrechtlichen Quellen eine principielle Erörterung dieser, ohne Zweifel practisch wichtigen Frage. Wohl aber findet sich eine Entscheidung für einen besondern Fall der obligatio naturalis. Ob aus dieser ein allgemein gültiges Princip und welches abgeleitet werden könne? näher zu untersuchen, ist die Aufgabe, die wir uns für die nachstehende Abhandlung gestellt haben.

I.

Die so eben erwähnte Entscheidung bezieht sich auf Geldschulden eines filius familias, denen bekanntlich die exceptio Senatusconsulti Macedoniani zur Seite steht. Wir lesen in

L. 7. § 16. D. ad SCt. Macedonianum (14, 6): Si paterfamilias factus solverit (sc. filiusfamilias) partem debiti, cessabit Senatusconsultum: nec solutum repetere potest.

L. 8. D. eod. Cum tamen a Curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

L. 9. pr. D. eod. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam, usque ad pignoris quantitatem.

Daß die erste und letzte Stelle, beide der Inscription nach aus Ulpians lib 29 ad Edictum entlehnt, ursprünglich zu einander gehören, ein fortlaufendes Ganzes bilden, ist niemals mit Grund bezweifelt worden. Erst die Compilatoren haben durch Einschiebung der aus Paulus Lib. 30 ad Edictum entnommenen L. 8. D. cit. äußerlich den Zusammenhang unterbrochen. Der Sinn und die Absicht dieses Zwischensatzes sollen weiterhin ihre Erörterung und Rechtfertigung finden: vorläufig lassen wir denselben ganz außer Acht. Faßt man aber so die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange auf, so ist ihr Inhalt dieser: hat ein filiusfamilias, der ein Gelddarlehn aufgenommen, hinterher als paterfamilias einen Theil seiner Schuld abgetragen, so „cessabit Senatusconsultum". Hat er hingegen seinem Gläubiger ein Pfand bestellt, so fällt die exceptio Senatusconsulti hinweg, usque ad pignoris quantitatem. — Hier fragt sich nun zunächst, haben die Ausdrücke „cessabit Senatusconsultum", und „denegatur exceptio usque ad pignoris quantitatem" einen verschiedenen Sinn?

Schon unter den Glossatoren finden wir Meinungsverschiedenheit. Die Einen nahmen an, das „cessabit Senatusconsultum" bedeute Wegfall des Senatusconsults überhaupt, auch für die gesammte Schuld, also auch für den noch nicht bezahlten Theil: die Andern hingegen behaupteten, nur für das bereits Bezahlte sei Wegfall

der Einrede des Senatusconsults ausgesprochen, mithin bleibe derselbe für den Rest der Schuld bestehen.

Accursius 2) neigt sich der ersteren Auffassungsweise zu, die er in seiner Weise ausführlich zu motiviren sucht, und Jahrhunderte hindurch hat dieselbe entschieden prävalirt. Wir finden unter ihren Anhängern die Namen gefeierter Civilisten: eines Anton Faber 3), Donell 4) Noodt 5), Voet 6), Schulting 7) u. a. Dahingegen scheint in unserer Zeit die zweite Ansicht mehr und mehr das Übergewicht zu gewinnen. Es haben neuerdings auch Mühlenbruch 8) und Puchta 9) sich für dieselbe erklärt. Der Erstere, ohne bestimmte Gründe anzugeben, der Andere aus Gründen, die mindestens nicht überzeugend genannt werden können. Puchta bemerkt nämlich a. a. O. „Die Meinung, daß durch eine theilweise Zahlung die Exceptio auch für den Rückstand verloren werde, hat keinen innern Grund für sich, da in der That das Darlehn von der Beschaffenheit gewesen sein kann, daß es nur zum Theil sich rechtfertigen ließ". Allein darauf, ob das Darlehn sich rechtfertigen ließ oder nicht, kommt es ja bei der späteren Anerkennung der Schuld nicht an. Ist diese erfolgt, so kann dadurch auch dem noch so wenig zu

2) In der Glosse zu dieser Stelle.

3) Faber, Rational. in Pand. ad leg. 7 § 16 D. h. t.

4) Donell, Commentarii de iure civili. lib. XII. c. 28.

5) Noodt, Commentar. ad Pand. ad h. l. § at non tantum.

6) Voet, Commentar. ad Pand. h. t. § 8.

7) Schulting, Thesaur. controv. Dec. 54. thes. 8.

8) Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. 4. Aufl. §. 575 Anm. 23.

9) Puchta, Pand. 3. Aufl. § 306 Anm. ee.

rechtfertigenden Darlehn Verbindlichkeit gegeben werden. Daß aber allerdings innere Gründe für die von Puchta verworfene Meinung sich nachweisen lassen, soll weiterhin dargethan werden. Und eben so wenig überzeugend ist das fernere Argument, „es widerspreche die gewöhnliche Auffassung der unmittelbar auf die L. 7 § 16 D. cit. folgenden Entscheidung, daß die Bestellung eines Pfandes nur usque ad pignoris quantitatem die Exceptio beseitige": denn woraus folgt denn, daß nothwendig derselbe Erfolg bei theilweiser Zahlung der Schuld und bei Bestellung eines Pfandes für dieselbe eintreten müsse? Es ist dies eine sehr offen zu Tage liegende petitio principii. — Jedenfalls aber wird, da so angesehene Rechtslehrer sich gegen die früher allgemeine Ansicht erklärt haben, eine erneuerte Prüfung der Frage nicht überflüssig erachtet werden können.

Es stehen dieser neueren Ansicht, welche den Worten der L. 7. § 16 D. cit. „si paterfamilias factus, solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum" die Auslegung giebt: „durch Abtragung eines Theils der Schuld, nachdem er sui juris geworden, verliert der Schuldner die Berufung auf das Senatusconsult nur für das bereits Bezahlte, behält sie aber für den Rückstand" sehr entscheidend, wie ich glaube, folgende Bedenken entgegen:

1) Die Vergleichung mit dem, dem § 16 des Gesetzes unmittelbar voraufgehenden § 15. Dieser lautet: „cessabit Senatusconsultum si pater solvere coepit, quod filiusfamilias mutuum sumpserit: quasi ratum habuerit." Dieses „solvere coepit", den Anfang machen

mit Bezahlung der Schuld, ist offenbar auch nur eine Partialzahlung, eine andere Umschreibung des „partem debiti solvit" in unserem Paragraphen. Kann nun wohl vernünftiger Weise angenommen werden, die theilweise Abtragung der Schuld durch den Vater habe rechtlich einen andern Erfolg, als theilweise Abtragung durch den Sohn selbst, sobald dieser paterfamilias geworden? In beiden Fällen wird als die rechtliche Wirkung angegeben „cessabit Senatusconsultum": das kann nicht in dem einen Falle heißen sollen, das Senatusconsult fällt weg auch für den Rest der Schuld; in dem andern Falle es bleibt bestehen für den Rest der Schuld. Daß aber, wenn der Vater „solvere coepit" der Wegfall des Senatusconsults sich lediglich auf das bereits Bezahlte, nicht auch auf den Rückstand beziehe, ist meines Wissens noch von keinem Civilisten behauptet worden: wäre auch schlechthin undurchführbar, da der Jurist als Grund für das Cessiren des Senatusconsults die in der Theilzahlung liegende Ratihabirung der Schuld überhaupt, ausdrücklich hervorhebt („quasi ratum habuerit"). Will man also nicht aller Consequenz und aller gesunden Vernunft geradezu in's Gesicht schlagen, so muß man sagen: entweder behält auch der Vater, wenn er einen Theil der Schuld abträgt, für den Rest der Schuld die exceptio SCti. Macedoniani, oder, wie der Vater, so verliert auch der Sohn durch Theilzahlung, als eine Ratihabition der Schuld, die Einrede für den Rest.

2) Der Ausdruck „cessabit Senatusconsultum." Dies kann vernünftiger Weise nur heißen, das Senatusconsult kommt nicht weiter in Betracht, erleidet keine An-

wendung. Wer dies so auslegt „es kommt nicht zur Anwendung für das bereits Bezahlte", trägt in den Ausdruck eine Beschränkung hinein, die an und für sich nicht darin liegt; halbirt gleichsam das cessare in ein theilweises Wegfallen und theilweises Bestehenbleiben. Man gehe aufmerksam den ganzen Titel ad SCtum Macedonianum durch. Überall bezeichnet der sehr häufig wiederkehrende Ausdruck „cessat SCtum" den gänzlichen Wegfall des SC. Ohne die vorgefaßte irrige Meinung, daß theilweise Abtragung der Schuld der Pfandbestellung für dieselbe in ihren Wirkungen gleichstehen, also wie hier, so auch dort nur Wegfall der Einrede bis auf einen bestimmten Belauf (sei es den Werth des Pfandes, sei es den Umfang der erfolgten Abtragung) zur Folge haben müsse, wäre schwerlich jemals irgend ein Interpret auf den unglücklichen Einfall gekommen, „cessat Senatusconsultum" könne auch heißen, das Senatusconsult fällt theilweise weg, nämlich für das bereits Gezahlte. — Und doch, wie konnte selbst bei dieser Voraussetzung so gänzlich unbeachtet bleiben, daß der Jurist den bloß theilweisen Wegfall des Senatusconsults in Folge der Pfandbestellung, sich sehr wohl hütet durch „cessat Senatusconsultum usque ad pignoris quantitatem" auszudrücken, vielmehr dafür die Umschreibung: „Senatusconsulti exceptionem denegandam usque ad pignoris quantitatem" wählt: offenbar um den inneren Widerspruch, der in solchem Gebrauche des Wortes cessare liegen würde, zu vermeiden.

3) Jene beschränkende Auslegung bürdet, streng genommen, dem Ulpian eine Absurdität auf. Durch

jede theilweise Zahlung erlischt ipso iure dieser Theil der Schuld: „qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur: et reliqua quinque sola in obligatione remanent" — sagt Ulpian in L. 9 § 1 D. de solutionibus (46, 3). — Und derselbe Ulpian sollte es nöthig erachtet haben besonders hervorzuheben, wenn ein filiusfamilius hinterher als homo sui iuris einen Theil seiner Schuld bezahlt, so fällt für diesen Theil der exceptio Senatusconsulti hinweg? für einen Theil also, der rechtlich gar nicht mehr als Schuld besteht (reliqua sola in obligatione remanent), aus dem mithin keine Klage erhoben werden, gegen den mithin selbstverständlich von einer Einrede nicht mehr die Rede sein kann? Und die Compilatoren sollten nicht minder es zweckdienlich gefunden haben, uns diese Bemerkung zu erhalten? Eine Voraussetzung, die wenigstens nicht eben schmeichelhaft so wohl für jene, als für uns genannt werden kann. Dahingegen bedarf es keiner Hervorhebung, daß, beziebt man das „cessabit Senatusconsultum" auf den noch nicht bezahlten Rückstand, in diesen Worten keine durchaus überflüssige Bemerkung liegt. Denn daß auch sonst einsichtsvolle Rechtskundige wohl Zweifel hegen könnten, ob auch für den Rest der Schuld die Einrede wegfalle, beweisen ja hinlänglich unsre Gegner. Ja endlich

4) führt die beschränkende Auslegung noch zu einer andern Unbegreiflichkeit. Wenn der filiusfamilius, während er filiusfamilias ist, einen Theil seiner Schuld abträgt, so steht ihm ohne Zweifel rücksichtlich des einmal Bezahlten kein Rückforderungsrecht zu. Nicht nur folgt dies aus der rechtlichen Natur des Verhältnisses, da ja



durch das Darlehn wenigstens eine obligatio naturalis begründet wird, sondern es hebt dies Ulpian selbst ausdrücklich hervor, indem er sagt 10): „quamquam autem solvendo non repetant" — quia naturalis obligatio manet, fügen die Compilatoren erklärend aus Paulus Lib. 30. ad Edictum hinzu." 11) — Welch ein Unterschied also fände statt, wenn der Schuldner noch als filiusfamilias und wenn er späterhin als paterfamilias einen Theil des Darlehns abgetragen. Würde er ja doch auch im ersteren Falle die exceptio SCti. Macedon. für das einmal Gezahlte verloren haben. Und doch kommt es Ulpian offensichtlich darauf an, die besondere Wirkung hervorzuheben, wenn der filiusfamilias paterfamilias factus partem debiti solvit. — Das Besondere ist nur vorhanden, wenn man den Worten „cessabit Senatusconsultum" die Deutung giebt, auch für den noch nicht bezahlten Theil der Schuld ist die Einrede verloren gegangen. — Und mit Recht, denn in der spätern Zahlung liegt Ratihation, die, wenn sie aus einer Zeit sich herschreibt, wo der Schuldner wirksam ratihabiren konnte, — und das konnte er erst nachdem er homo sui iuris geworden — ihm auch das fernere Recht der Berufung auf das Senatusconsult entziehen mußte.

5) Die Anfangsworte endlich der L. 9 pr. D. cit. „sed si" deuten sehr entschieden darauf hin, daß anderes Recht gelte für den Fall, da der Schuldner „paterfamilias factus partem debiti solverit", anderes für den

10) L. 9. § 5 D. ad SCt. Maced.

11) L. 10 D. eod.

Fall, da er „rem pignori dederit". — Es ist gegen die Beweiskraft dieses Arguments eingewendet worden, daß die Compilatoren gedankenlos gerade diese Partikel (sed) gewählt, und zwar als bloße Verbindungsworte, ohne die Absicht, einen Gegensatz ausdrücken zu wollen. Allein darf der Interpret so freigebig mit dem Vorwurf der Gedankenlosigkeit des Gesetzgebers sein, ohne daß dieser Vorwurf leicht auf ihn selbst zurückfällt? und wo ist der Beweis, daß jene Anfangsworte von den Compilatoren, und nicht schon von Ulpian selbst herrühren? Nicht nur der äußere Zusammenhang — da, wie erwähnt, die Worte der L. 9 sich ursprünglich offenbar an die Endworte der L. 7 unmittelbar anreihten, — sondern auch innere Gründe, von denen weiterhin die Rede sein wird, berechtigen uns anzunehmen, daß Ulpian selbst „sed si" geschrieben. Wenn aber dies, so kann Gleichstellung des Inhaltes beider Paragraphen nur auf dem Fundament einer Sprachwidrigkeit angenommen werden.

Wenn solchemnach die Worte „cessabit Senatusconsultum" in unserer L. 7. § 16 cit. nicht wohl den Sinn haben können „das Senatusconsult fällt weg, cessirt in Betreff des bereits Gezahlten", so bleibt nichts übrig, als sie auf den noch rückständigen Theil der Schuld zu beziehen, demgemäß also dem Schuldner, der hinterher als homo sui iuris auch nur einen kleinen Theil seiner Schuld abgetragen hat, die Berufung auf das Senatusconsult auch für den ganzen Rest seiner Schuld abzusprechen. Dann aber findet allerdings ein Gegensatz zwischen diesem Fall und dem der Pfandbestellung statt. Auf welcher Seite liegt dann aber die Irregularität? Ist, mit andern Worten, dieser

L. 9 pr. D. ausgesprochene Satz als die mit sonstigen Rechtsprincipien in Einklang stehende Regel, die L. 7. § 16 dagegen als Ausnahme, als Singularität anzusehen — wie von Manchen angenommen wird — oder findet das umgekehrte Verhältniß statt? —

Wir lassen für diese Untersuchung zunächst beide Stellen außer Betracht. Zu welchem Ergebniß, fragen wir, würde die Berücksichtigung allgemeiner Rechtsprincipien und sonstiger Quellenaussprüche in unserer Lehre führen?

In dem Abtragen eines Theils einer Schuld, liegt ohne Zweifel ein Anerkennen dieser Schuld, als einer Schuld, m. a. W. eine Ratihabition. Bedürfte es dafür überhaupt noch eines ausdrücklichen Quellenzeugnisses, so könnte auf die schon oben erwähnte L. 7. § 15 D. ad SC. Maced. hingewiesen werden, in welcher das Wegfallen der exceptio SCti. Macedon. für den Fall, daß der Vater des Schuldners „solvere coepit", ausdrücklich gerechtfertigt wird aus der darin liegenden Ratihabition („quasi ratum habuerit"). — Allerdings könnte man nun vielleicht geneigt sein, der Ratihabition gleichfalls eine beschränktere Wirkung anzuweisen: in ihr nur Anerkennung desjenigen Theils einer Schuld, der bereits abgetragen ist, nicht aber Anerkennung auch des übrigen Theils der Schuld, als einer bindenden, finden zu wollen. Dem aber würde widersprechen:

1) der Umstand, daß, wie bereits oben angeführt worden, jede theilweise Leistung rechtlich als theilweise

Tilgung angesehen werden muß 12); soll also überhaupt von Ratihabition die Rede sein, diese sich nur auf den Rückstand der Schuld beziehen kann, in welchem Sinne ja auch allgemein das „solvere coepisse" des Vaters, dessen filiusfamilias ein Gelddarlehn aufgenommen hat, aufgefaßt wird.

2) der Begriff der Ratihabition, der hinterherigen Anerkennung eines Rechtsgeschäftes, das Anfangs sei es gar nicht, sei es nur nicht vollkommen uns verpflichtete. „Ratihabitio", erklärt Julian 13), „constituit tuum negotium, quod ab initio tuum non erat". — Wenn nun die Ratihabition rückwirkende Kraft hat 14), m. a. W. bewirkt, daß das ratihabirte Rechtsgeschäft als gleich Anfangs bindend und vollkommen wirksam behandelt werden soll, so muß dieselbe sich selbstverständlich auf den gesammten Umfang der Schuld erstrecken, sie müßte denn als nur theilweise Ratihabition von dem Ratihabenten ausdrücklich bezeichnet worden sein.

Steht sonach einerseits fest, daß theilweise Abtragung einer Schuld als Ratihabition derselben gilt, andrerseits daß jede Ratihabition die Schuld in ihrem ganzen Umfange ergreift, so folgt schon daraus, daß durch die spätere Rückzahlung eines Theils des Darlehns auch für den

12) cf. L. 9. § 1 D. de solutionibus.

13) L. 6. § 9 D. negotiis gestis (3, 5).

14) L. 7. C. ad SCt. Maced. (9, 28): generaliter omnis ratihabitio retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt. — — — L. 25. C. de donat int. vir. (5, 16): — sicut et alias ratihabitiones — — ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.

Rest die Berufung auf das SCtum Macedonianum verloren gehe. Wir würden dies behaupten müssen, auch wenn Ulpians Auspruch in L. 7. § 16 D. cit. uns nicht vorläge. Eine weitere Bestätigung dafür finden wir in der L. 2. C. ad SCtum. Macedon. (4, 28), in welcher uns ausdrücklich gesagt wird, wenn der filiusfam., der ein Darlehn aufgenommen,

> „suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: non esse locum decreto amplissimi ordinis."

Werden nämlich hier mit völlig gleicher Wirkung neben einander gestellt die Novation und jede sonstige Weise der Anerkennung der Schuld, so folgt mit Nothwendigkeit, daß, wie die Novation, so auch jede sonstige Anerkennung — und eine solche liegt, wie oben dargethan, in theilweiser Abtragung der Schuld, nachdem der Schuldner zum paterfamilias geworden — sich auf die gesammte Schuld von selbst erstrecke.

Solcher Gleichstellung der Novation und sonstiger Anerkennung der Schuld fehlt es auch keinesweges an innern Gründen.

In der Anerkennung der Schuld von Seiten eines filiusfam. sobald er homo sui iuris geworden, liegt die stillschweigende Erklärung, daß er nunmehr die Schuld als seine, d. h. als Schuld eines paterfamilias ansehen wolle. Die Schuld ist dadurch gleichsam eine andere geworden — und darin liegt der, der Novation verwandte Character: — aus einer obligatio naturalis, was sie bisher gewesen, zu einer obligatio civilis; — der Wegfall der Einrede des

macedonianischen Senatusconsults ist Selbstfolge dieser Umwandlung, denn nur der Darlehnsforderung gegen einen filiusfam., nicht gegen einen paterfamilias — wozu die Forderung jetzt geworden ist – steht die Einrede des Senatsschlusses entgegen.

Sollen wir hier zum Ueberfluß noch auf einen andern Standpunkt möglicher Betrachtung uns stellen? In der spätern Anerkennung der Schuld liegt, kann man sagen, ein stillschweigender Verzicht des ehemaligen filiusfam., sich auf das SCtum. Macedonianum berufen zu wollen. Soll diesem Verzicht nur Wirkung gegeben werden für den bereits abgetragenen Theil der Schuld, so ist das nicht nur eine beschränkende Deutung des Verzichts, wie sie schwerlich dem muthmaßlichen Sinne der Verzichtleistung angemessen und entsprechend ist, sondern streng genommen auch eine Aufhebung desselben, denn von einer Wirkung des Verzichtes für das bereits Gezahlte kann nicht mehr die Rede sein.

Fassen wir das bisher Erörterte noch einmal kurz zusammen, so dürfte soviel mit Gewißheit feststehen: auch wenn wir Ulpians ausdrückliches Zeugniß L. 7. § 16 D. cit. dafür nicht hätten, würden wir uns anzunehmen genöthigt sehen, daß, wenn der ehemalige filiusfamilias hinterher als homo sui iuris einen Theil des Gelddarlehns abträgt, er auch für den Rest seiner Schuld die Berufung auf das Senatusconsultum Macedonianum verliere. Um so weniger werden wir daher Bedenken tragen, den Inhalt der L. 7. § 16 D. ad SCt. Macedon. als die mit sonstigen Zeugnissen übereinstimmende Regel, die davon ab-

weichende L. 9. pr. D. eod. als Singularität anzuerkennen.

Es ist nicht zu verkennen daß die anscheinende Schwierigkeit, für diese Singularität einen befriedigenden Erklärungsgrund nachzuweisen, vorzugsweise den Streit über das gegenseitige Verhältniß der in Rede stehenden Gesetze hervorgerufen und rege erhalten hat. Auch in der späteren Bestellung eines Pfandes für die aus der Zeit annoch bestehender patria potestas sich herschreibende Darlehnsschuld liegt, sagt man, eine stillschweigende Anerkennung dieser Schuld. Weshalb soll diese Form der Ratihabition nicht in gleichem Umfange (für die ganze Schuld) wirken, weshalb dem Schuldner die exceptio nur entziehen, usque ad pignoris quantitatem, darüber hinaus also die Möglichkeit der Einrede bestehen lassen?

So lange man von der Ansicht oder Voraussetzung ausgeht, die Bestellung eines Pfandes für eine obligatio naturalis sei eine stillschweigende Ratihabition derselben, ist, scheint es, eine auch nur einigermaßen befriedigende Erklärung nicht möglich. Es bleibt dann immer die willkürliche Annahme, daß die eine Form der Ratihabition anders wirke, als die andere. Man hat gesagt, wer ein Pfand geringeren Werthes, als die Schuld, gebe, lege damit die Absicht an den Tag, nicht über den Werth des Pfandes hinaus die Schuld anerkennen zu wollen. Aber würde dasselbe Raisonnement nicht auch auf den Fall theilweiser Zahlung passen? würde man nicht mit gleichem Recht auch von demjenigen, der nur die Hälfte zahlt, sagen können, er wolle nur bis zu dieser Hälfte die Schuld

anerkennen? Kurz man verwickelt dadurch sich nur in neue Willkürlichkeiten und Schwierigkeiten.

Lassen wir dagegen den in der Pfandbestellung angeblich liegenden Gesichtspunkt stillschweigender Ratihabition ganz fallen: wie stellt sich dann die Sache? Die Constituirung eines Pfandes ist bekanntlich ein accessorischer Vertrag, durch den die sicher zu stellende Obligation in ihrem rechtlichen Character nicht im entferntesten berührt wird. Dieselbe bleibt nach wie vor, was sie gewesen; handelt es sich also um Darlehn, das einem filiusfamilias gegeben war: eine obligatio naturalis. Eine Klage aus ihr geht, trotz der Pfandbestellung, nicht hervor, mithin kann auch von einer Anerkennung der Schuld, von einem Wegfall der Einrede des Senatusconsults gegen die Schuldklage, nicht die Rede sein. Ganz anders bei theilweiser Abtragung der Schuld: die darin liegende Ratihabition afficirt die ursprüngliche Obligation unmittelbar, wandelt sie aus einer obligatio naturalis (sc. eines bisherigen filiusfamilias) in eine obligatio civilis (sc. eines nunmehrigen pater familias) um, und zerstört folgenderweise die Einrede des Senatusconsults, giebt also dem Gläubiger auf den Rest der Obligation, aus dieser selbst, ein Klagerecht.

Hat nun aber die Pfandbestellung auf die Obligation selbst gar keinen Einfluß, wie erklärt sich, daß Ulpian gleichwol sagen konnte: „Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem?" — Bezahlt der Schuldner, wenn er sui iuris geworden, nicht gutwillig das Darlehn zurück, so wird der Gläubiger

sehr natürlich zur Veräußerung des Pfandes schreiten, und sich dadurch bezahlt zu machen suchen. Mehr, als er aus dem Verkauf des Pfandes erlöst, wird er freilich nicht erlangen, denn es fehlt ihm ja die persönliche Schuldklage wegen des Restes seiner Forderung. Bis zum Werth des Pfandes bietet das Veräußerungsrecht aber dem Gläubiger allerdings ein sehr sicheres Mittel der Realisirung seiner Forderung dar. In Erwägung dessen meint nun Ulpian, man könne, um die Veräußerung des Pfandes abzuwenden, dem Gläubiger lieber die Schuldklage gestatten, so weit, als die Geltendmachung seines Pfandrechts ihm doch zum Zwecke der Realisirung seines Forderungsrechtes verhelfen würde, und dies kann ja freilich nur in der Weise geschehen, daß dem Schuldner bis zu diesem Punkte hin die exceptio SCti. Macedoniani entzogen wird (Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem). Drüber hinaus, d. h. über den Werth des Pfandes, würde dagegen der Gläubiger kein indirectes Mittel der Geltendmachung seiner Forderung haben, also auch jede weiter reichende Gewährung der Schuldklage unmotivirt sein, mithin für diesen Ueberschuß die exceptio SCti. Macedoniani dem Schuldner nicht wohl entzogen werden können. In dieser Weise erklärt sich, wie mir scheint, vollkommen genügend Ulpians Ausspruch, der, wie nicht zu übersehen ist, nicht etwa in der categorischen Form eines cessabit SCtum., sondern in der sehr bescheidenen Weise eines „dicendum est“ u. s. w. auftritt. Ist aber die für den Fall der Pfandbestellung eintretende, von der Abtragung eines Theiles der Schuld abweichende Wirkung aus innern Gründen gerechtfertigt, so ist damit

zugleich gerechtfertigt die Behauptung, daß nicht erst die Compilatoren in den Anfangsworten der L. 9. pr. D. cit. willkürlich die Partikeln „sed si" als nichtssagende Verbindungsworte eingeschoben haben, sondern daß dieselben schon von Ulpian herrühren. Damit gewinnt dann das Argument, das zu einem andern Zwecke aus diesen Worten entlehnt worden ist, an Sicherheit.

Wir schulden noch die Erklärung des anscheinend räthselhaften Zwischensatzes, den die Compilatoren als L. 8. D. h. t. eingeschoben haben. Er lautet im Zusammenhang mit dem vorangehenden § 16 der L. 7. so:

> § 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum: nec solutum repetere potest. L. 8. Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

Was soll nun dieser Zwischensatz, und was bewog die Compilatoren ihn einzuschalten? Nach § 16 verliert der Schuldner, wenn er als homo sui iuris einen Theil seiner Schuld abträgt, die Einrede des Senatusconsults auch für den Rest, als Folge der in dieser Theilzahlung liegenden Ratihabition des Darlehns. Allein der Schuldner kann noch minderjährig, die theilweise Abtragung der Schuld von seinem Curator geschehen sein per ignorantiam, d. h. ohne daß derselbe wußte, die Schuld seines Mündels schreibe sich aus einer Zeit her, wo dieser noch filiusfamilias gewesen. Kann auch aus dieser Theilzahlung eine Ratihabition mit ihren Wirkungen abgeleitet werden? Gewiß nicht, und deshalb kann selbst das per ignorantiam solutum zurückgefordert werden. Wie aber, wenn der filiusfamilias selbst irrthümlich theilweise gezahlt hat?

Die Antwort hierauf sollen uns geben die Schlußworte des § 16 der L. 7. D.: „nec solutum repetere potest", die also nicht etwa Erklärung des vorangehenden „cessabit Senatusconsultum", nicht, wie es wohl mitunter aufgefaßt wird, eine überflüssige Wiederholung, sondern selbstständige Entscheidung eines anderweitig möglichen Falls sind. Ich würde demnach die L. 7. § 16 und L. 8. D. etwa so commentiren: Hat ein filiusfam. ein Darlehn aufgenommen, aber zu einer Zeit, da er bereits sui iuris ist, einen Theil derselben abgetragen, so verliert er alles fernere Recht der Berufung auf das Senatusconsult auch für den Rest, denn in der geschehenen Zahlung liegt eine Ratihabirung der ganzen Schuld. Doch kann er unter keinen Umständen das einmal Gezahlte zurückfordern, sollte auch, wegen irgend eines vorgefallenen Irrthums, keine Ratihabition aus dieser Zahlung gefolgert werden können. Hat dagegen statt seiner der Curator irrthümlich gezahlt, so findet allerdings Rückforderung statt, denn aus dieser Handlung des Curators kann keine Ratihabirung des Mündels hergeleitet werden.

II.

Es bleibt zum Schluß uns noch zu untersuchen, ob die hier für die obligatio naturalis aus dem Darlehn eines filiusfamilias entwickelten Grundsätze eine allgemeinere Anwendung auf alle Fälle der obligatio naturalis gestatten, wenn aus ihr, sei es theilweise Zahlung geleistet, sei es zu ihrer Sicherheit ein Pfand bestellt worden ist. Ich trage kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Was

1) die spätere theilweise Abtragung betrifft, so kann diese aus den oben entwickelten innern Gründen immer nur

als Anerkennung der gesammten Schuld gelten, sofern nicht etwa ausdrücklich das Gegentheil stipulirt worden ist. Ein nicht unangemessenes Beispiel dafür gewährt vielleicht die s. g. pollicitatio. Bekanntlich erzeugt dieselbe, sofern sie nicht ex iusta causa, z. B. ob honorem sibi decretum, geschehen ist, eine bloße obligatio naturalis, diese aber wandelt sich in eine klagbare Schuld um, sobald Pollicitant mit der Erfüllung den Anfang gemacht hat: „Item si sine causa promiserit, coepit tamen facere, obligatus est, qui coepit," heißt es in L. 1 § 2. D de pollicitationibus (50, 12). — Theilweise Leistung also ist es, die auch hier, der ursprünglich nicht klagbaren Forderung, Klagbarkeit, und zwar in ihrem ganzen Umfange verleiht.

2) Bei Bestellung eines Pfandes für eine obligatio naturalis wird zwar sonst nirgends der Beschränkung, daß sie der Forderung nur bis zum Belauf des Werthes des Pfandes Sicherheit gewähre, gedacht, allein es folgt dies aus den oben entwickelten Gründen der Verschiedenheit principaler und accessorischer Forderungen von selbst.

VI.

Die Classification der Gläubiger im Concurse,

nach curländischem Recht.

Vom

Hrn. Oberhofgerichtsadvocaten **C. Neumann** in Mitau.

Die Ordnung der Concursgläubiger in Curland beruht gegenwärtig *) zunächst auf den commissorialischen Decisionen vom J. 1717, ad desideria Art. 24. Auf diese Bestimmungen ist auch die nachstehende Darstellung gegründet, und zwar dergestalt, daß die durch gesperrte Schrift ausgezeichneten Worte des Gesetzes, in getreuer deutscher Uebersetzung, an die Spitze gestellt, und mit einem erläuternden Commentar versehen worden. Namentlich ist dies in dem ersten Abschnitt, welcher die Gläubigerordnung im freien Vermögen enthält, geschehen, da nur darüber — nicht auch über den Concurs in Familienfideicommissen — die commissorialischen Decisionen handeln.

I. Gläubigerordnung im freien Vermögen.

Allem zuvor werden abgezogen:

1) Provocationskosten, und diejenigen, welche zur Her-

---

*) Die Bestimmungen der Statuta Curl. v. J. 1617 § 89 sind durch das neuere Gesetz fast ganz antiquirt.

beiführung des Concurses verwandt sind, beide jedoch nach richterlicher Beprüfung und Würdigung a).

2) Ausgaben und Kosten der Massenverwaltung.

3) Curatelgebühr b).

4) Competenz c).

Die Competenz wird während des Concurses aus den Revenüen der Masse gezahlt; wenn sich der Gemeinschuldner aber später ebenfalls dazu qualificirt, dann wird ein Capital, dessen Zinsen der jährlichen Competenzsumme gleichkommen, von der Concursmasse in Abzug gebracht und auf Zinsen vergeben, das Capital fällt aber später, wenn der Gemeinschuldner mit Tode abgeht, oder durch andere Veranlassungen die Competenzzahlung cessirt, an diejenigen Concursgläubiger zurück, bei denen die Zahlungen stehen geblieben sind, und welche nach dem Clas-

---

a) Zufolge des Anfangs der comm. Dec. v. **1717 ad des. 24.** „**deductis prius impensis iudicialibus, si quae ab uno alterove creditorum ad concursum formandum factae fuerint**". Die Angabekosten einzelner Liquidanten im Concurse kommen ganz zuletzt.

b) Die Curatelgebühren zu 5 pCt. vom Bruttoertrage werden den Curatoren auf den Grund der Gouv.-Verordn. § 222 Nr. 17 und § 305 Nr. 17 zugestanden, falls die Creditoren keine anderweitige Uebereinkunft getroffen haben, welche sowohl die bisweilen vorkommenden 2 pCt. vom reinen Massenbestande, als auch sonstige Abmachungen, betreffen kann.

c) Rücksichtlich derselben bestimmen — außer den gemeinrechtlichen Fällen — die comm. Dec. v. 1717 ad des. 13 § 8:

„**contra si dos nulla sit illata, et nobilis cedens bonis docere queat, se rem suam petulanter non decoxisse, sed infortunio aut iniuria temporum facultatibus lapsum esse, eidem ex capite beneficii competentiae aliquid certi attri-**

sificationsurtheile zur Perception gekommen wären, wenn kein Competenzcapital hätte in Vorabzug gebracht werden müssen. Gegen gehörige Sicherstellung der Competenz kann auch dieses Capital früher zur Theilung kommen.

Sodann folgen:

in der ersten Classe, als absolut privilegirt:

1) Depositarien rücksichtlich ihrer noch vorhandenen Sachen, sei es Geld oder Waaren a).

a. Die Anwendung dieses Vorzugsrechts muß aber unterbleiben, falls fungible Sachen mit der Verabredung, daß die Restitution in genere geschehen solle, deponirt sind, was auch stillschweigend geschehen kann, z. B. durch Uebergabe einer unverschlossen zugezählten Summe Geldes u. s. w., denn hier geht das Eigenthum so wie die Gefahr auf den Depositar, wie bei dem Darlehn, über. S. unten Cl. III. Nr. 1.

2) Die Ehefrau rücksichtlich ihrer eigenen noch vorhandenen Sachen.

3) Kinder mit den, im Vermögen des Gemeinschuldners noch vorfindlichen, aus dessen früherer Ehe ihnen durch Erbschaft zugefallenen Sachen b).

b. Hier ist vorausgesetzt, daß der Gemeinschuldner oder die Gemeinschuldnerin zur zweiten Ehe geschritten ist, und aus der früheren Ehe Kinder gehabt, denen noch nicht alle Erbschaftssachen aus dem Nachlasse ihrer verstorbenen Mutter oder ihres verst. Vaters ausgeantwortet sind.

---

buatur, ex quo maxime necessaria vitae subsidia consequi queat, donec ad pinguiorem fortunam tractu temporis perveniat.

4) Sachen, die der Gemeinschuldner gemiethet oder geliehen hat, die er als Legate oder Fideicommisse herauszugeben hat und Pupillensachen, — Alles unter der Voraussetzung, daß sie noch beim Gemeinschuldner in natura vorfindlich sind c).

c. Die Nummern 1—4 incl. sind eigentlich Vindicanten, zu denen gemeinrechtlich noch mehrere gehören: z. B. Alle, welche die Herausgabe einer Sache aus der Concursmasse durch die Eigenthumsklage verfolgen; die, von denen der Gemeinschuldner die Uebertragung des Eigenthums durch Betrug bewirkte; Verkäufer, denen der Gemeinschuldner das Kaufgeld nicht bezahlte, obgleich es ihm entweder gar nicht oder durch einen Betrug desselben creditirt wurde; Pupillen, welche die mit ihrem Gelde gekauften Sachen in Anspruch nehmen u. s. w. Auch diese sind unzweifelhaft zur Vindication berechtiget.

5) Hypothecarien, welchen die unbeweglichen Güter des Gemeinschuldners früher zur Hypothek verschrieben waren, ehe er deren Eigenthümer d) geworden, falls die Verschreibung gerichtlich geschehen e).

d. Eigentlich dominus im weiteren Sinne, daher auch z. B. Erbpfandbesitzer, Emphyteuta u. dgl.

e. Denn die Grundbedingung alles hypothecarischen Credits ist Oeffentlichkeit *).

---

*) „Ut autem unusquisque sciat, quaenam praediorum singulorum sit conditio, venditio seu quaevis alienatio rerum immobilium earundemque oppignoratio iuxta § 98 Stat. non

Falls mehrere Vorbesitzer gewesen, so werden die gesetzlichen und gerichtlich besicherten Hypothecarien eines früheren Vorbesitzers von denen des späteren separirt, und rangiren diese Hypothecarien unter sich ganz so, wie es der Fall bei einem über das Vermögen ihres namentlichen Schuldners ausgebrochenen Concurse gewesen wäre *).

Nach der deutlichen Vorschrift der Gesetze müssen aber die gerichtlich besicherten Conventionalhypotheken der Vorbesitzer, um einen Anspruch auf den ihnen hier zugestandenen Vorzug machen zu können, die gerichtliche Besicherung noch zur Besitzzeit des Vorbesitzers oder doch früher erlangt haben, als der neue Erwerber in Besitz gekommen ist, und zwar beim Erben vor der Erbschaftsantretung und beim Käufer u. dgl. vor der gerichtlichen Besicherung des Kaufbriefes oder eines anderen Besitztitels **). Obgleich der Erbe, streng genommen, wegen Einheit der Person mit dem Erblasser, kein neuer Eigenthümer ist, so wird er doch in der Praxis als solcher hinsichtlich der bereits vor seinem Erbschaftsantritt gerichtlich besicherten hypothecarischen Schulden des Erb-

nisi in iudicio istius districtus, ubi sita sunt, fieri, et ad cuiuscunque notitiam libris publicis inscribi debet, ex quo tempore inscriptionis instrumenta iure praelationis in posterum gaudeant". Comm. Dec. 1717 ad des. 13 § 2 in fine.

*) Oberhofgerichtliche Urtheile in der v. Vietinghoff-Großbersen'schen — 15 April 1831; v. d. Brüggen-Stenden'schen — 13 Juni 1833; v. Sacken-Dondangen'schen — 23. April 1830; v. Fircks-Heyden'schen Concurssache — 18. Jan. 1829.

**) Oberhofgerichtliche Urtheile in Concurssachen: v. d. Brüggen-Stenden — 17. Juni 1833; Lauzen-Karzum vom 15—19. Dec. 1830; v. Offenberg-Illien — 16. 17. Dec. 1831.

lassers betrachtet, und zwar mit Recht, wegen des beneficii separationis der Erbschaftsgläubiger. Ist die gerichtliche Besicherung der hypothecarischen Verschreibung oder einer stillschweigenden Hypothek eines Vorbesitzers nicht zur Zeit seines Besitzes erfolgt, so ist zu unterscheiden, ob der neue Besitzer Erbe des vorigen war, oder ob er das verhypothecirte Grundstück vermittelst eines Contracts erwarb. Im erstern Falle erwirbt der Gläubiger allerdings noch durch die gerichtliche Besicherung nach der Erbschaftsantretung ein öffentliches hypothecarisches Recht, jedoch sein Vorzugsrecht als Gläubiger des Vorbesitzers ist verloren, und er wird mit den Gläubigern des Erben nach dem Datum der gerichtl. Besicherung seiner Schuldverschreibung in der 2. Cl. Nr. 2 locirt, — im zweiten Falle ist die nach bereits erfolgter gerichtl. Besicherung des Erwerbtitels des neuen Eigenthümers vollzogene gerichtliche Besicherung des Pfandrechts vom Vorbesitzer, hinsichtlich des neuen Erwerbers völlig effectlos *).

6) Verkäufer unbeweglicher Sachen, in welchen sie sich das Eigenthum (dominium) bis zur vollständigen Befriedigung vorbehalten haben, falls dieser Vorbehalt vor oder bei der Uebergabe geschehen f).

f. Doch muß er eben so durch die Hypothekenbücher zur Kenntniß des Publicums gekommen sein.

Zu bemerken ist hier der in den comm. Dec. vorkommende Fehler, daß die Nr. 5 und 6 der ersten Classe

*) Comm. dec. ad des. 13 § 2. und Lauzen-Kurzum'schen G.-U. — 15 — 19. Dec. 1830.

versetzt sind, was eine offenbare Unrichtigkeit ist, weil sonst derjenige, der ein verschuldetes Grundstück verkauft und sich das dominium bis zur Abtragung des Kaufpreises vorbehält, vor seinen oder gar seines Vorbesitzers Gläubigern im Concurse des Käufers zur Perception kommen würde. Daher hat der allgemeine Gebrauch die hier angegebene Ordnung eingeführt.

Mit dem Vorbehalte des dominii wird in Betreff der Location in die erste Classe nicht nur der des condominii gleichgeachtet, sondern auch das pactum de ingrediendo, die lex commissoria beim Verkauf, das ius retentionis und dergl. andere Formen, welche eigentlich nur zur Verstärkung des Pfandrechts dienen, woher denn auch der Zusatz, daß das dominium absque periculo vorbehalten werde, unnöthig ist, und die Regel, Eigenthum und Pfandrecht können nicht in Einer Person vereinigt sein, keine Anwendung findet. Noch ist hinzuzufügen, daß bei den Contracten, die nicht volles Eigenthum übertragen, z. B. Emphyteusis, Erbpfand rc., das dominium nicht vorbehalten zu werden braucht, weil das Eigenthum ohnehin beim Verkäufer verbleibt, daß jedoch, wenn damit ein eventueller Kauf verbunden ist, was beim Erbpfandcontract in der Regel der Fall ist, — und diese Bedingung wirklich eintritt, bei dem solchergestalt aufgehobenen Eigenthum des Vorbesitzers, nur durch den geschehenen Vorbehalt desselben bis zur völligen Berichtigung des Kaufpreises eine Location in die erste Classe begründet werden kann.

7) Dienstboten oder Hausbeamte g) (officiales), hinsichtlich ihres Gehalts, wenn sie zur

Zeit des Concurses noch im Dienste sind und keine Zinsen genommen haben h).

g. Zu den Dienstboten und Hausbeamten, denen dieser Vorzug aber nicht nur in Hinsicht ihres Gehalts in Geld, sondern auch rücksichtlich der zugesicherten Kleidung und Deputatstücke zusteht, gehören gemeinrechtlich nur diejenigen, welche im Hause des Gemeinschuldners beköstiget werden, oder statt dieser Beköstigung Deputat oder Kostgeld erhalten.

h. Daß hier nicht der Lohn des letzten Jahres allein gemeint ist, sieht man schon aus dem Zusatze „wenn sie keine Zinsen genommen haben". Nur muß der Rückstand, wegen des §. 149 der Statuten, nicht über 5 Jahre hinaus aufgelaufen sein, denn sonst können nur die Gehalte während der 5 Jahre locirt, der Rest muß abgewiesen werden *.

8) Diejenigen, welche zum Ackerbau, sei es durch Saat oder Viehfutter, oder durch Zahlung des Lohns an die Arbeiter, oder sonst wie, auf die Verbesserung der Güter abzweckende Verwendungen gemacht haben.

9) Die Begräbnißkosten i), und was aus der letzten Krankheit des Gemeinschuldners, an der er gestorben k), — nicht aber aus einer früheren, — dem Arzte und Chirurgen sowohl als den Apothekern zukommt.

i. Zu diesen Leichenkosten gehören auch die Beerdi-

*) OHG.-Urthl. v. Behr-Schleck-Popen'sche C.-S. — 24. Febr. 1830; v. Denffer-Springen'sche — 19. März 1830.

gungskosten der vor dem Concurse verstorbenen Kinder und präsumtiven Erben des Gemeinschuldners *). Eben so die Leichenbekleidung, der Sarg, die Grabstelle, Fuhr- und Traglohn, Leichengebühren u. dgl., jedoch muß hiebei kein überflüssiger Aufwand gemacht worden sein, daher nicht die Ausgaben für Leichenschmäuse, für gesetzte Denkmäler u. dgl.

k. Zu den Kosten der letzten Krankheit werden auch der Lohn der Krankenwärter, die Kosten der Krankheitsspeisen und Alles gerechnet, was überhaupt in Beziehung auf die letzte Krankheit verwendet worden **). Stirbt der Gemeinschuldner nach dem Concursausbruche, so ist die Beerdigung desselben Massenschuld.

10) Oeffentliche Lasten, wie Zins, Steuern u. dgl., zu bezahlende Kirchenzehnten und Gehalte der Kirchen- und Schulbeamten l).

l. Auch der Canon von der Emphyteusis und Superficies gehört hieher ***).

An eine Beschränkung auf die Zeit, von der die Abgaben rückständig sind, ist hier nicht gedacht, daher kann den älteren Rückständen nur die Verjährung entgegenstehen ****). Doch würden die durch einen also aufgehäuften Rückstand leidenden Creditoren den Regreß gegen die Beamten haben, welche die Abgaben creditirten.

---

*) L. 17 D. de rebus auct. iud. poss. (42, 5).

**) Dabelow's Concurs S. 601. Schweppe's Concurs § 63.

***) L. 31. D. de pign. 20. 1. L. 15. D. qui potiores in pign. 20. 4.

****) Curl. Stat. § 149. OHG.-Concurs-Urthl. in der v. Behr-Popen-Schleck'schen Concurssache — 24. Februar 1830; desgl. in der Ewert'schen Concurssache — 7. Aug. 1828.

11) Wenn der Gemeinschuldner, erweislich, ehe er noch selbst Schulden gemacht, seinen Miterben aus der Erbschichtung etwas schuldet, wenn auch jährlich ein Theil dieser Summe zu zahlen ist, auf Tagezeiten gewöhnlich genannt m).

m. Den Erbegeldern steht dieser Vorzug nicht nur bei noch ungetheilter Erbschaft zu, welches unter Andern auch aus dem Zusatze: „licet quotannis pars summae sit solvenda, vulgo auf Tagzeiten" — was nur bei bereits getheilten Erbschaften der Fall sein kann — hervorgeht.

Ist eine wahre privative Novation vorhanden *), so erlischt dieses Vorzugsrecht, denn jene Novation wird als Zahlung angesehen, und es tritt eine neue Verbindlichkeit ein. Durch Ausstellung einer gewöhnlichen Schuldschrift werden die Erbegelder in ein Darlehen verwandelt, nicht aber durch bloße Ausbedingung von Zinsen oder durch den Empfang derselben **), selbst nicht durch die Ausstellung einer Schuldverschreibung, in welcher als causa debendi die Erbschichtung ausdrücklich angegeben ist ***). Auch Vergleiche über Erbschaftsgelder verursachen in der Regel keine Novation ****). Es ist aber z. B. eine Novation anzunehmen, wenn über den Empfang der Erbquote quittirt wurde, sollte die Befriedigung auch nur durch Obligationen geschehen sein *****).

---

*) Vergl. § 134 der Stat.

**) L. 44. D. de adm tut. 26, 7.

***) Brasche-Boien'sches Conc.-Urthl. — 7. Januar 1825; v. Koschkull-Absirn'sches C.-Urthl. — 12. Junius 1830.

****) v. Koschkull-Absirn'sches Conc.-Urthl. — 12. Junius 1830.

*****) v. Behr-Popen-Schleck'sches Conc.-Urthl. — 24. Febr. 1830.

Anmerkung.

Deshalb, weil vor völliger Befriedigung der in der ersten Classe stehenden, so sehr bevorzugten Gläubiger die der übrigen Classen gar nicht zur Perception gelangen können, und weil gegentheils die erste Classe gar keinen Vorzug vor der zweiten hätte, da doch das Recht der ersten ausdrücklich Privilegium benannt wird, — hat ein beständiger Gebrauch mit Recht den Capitalien der ersten Classe (mit Ausnahme von 1, 2, 3 u. 4, da diese Nummern Vindicanten enthalten, und von Nr. 7 u. 10) Renten zugestanden, mit welchen sie vor den Capitalien der zweiten zur Perception kommen, jedoch, da das Privilegium nur gegen die anderen Classen, nicht gegen die Gläubiger der ersten Classe unter einander in Anwendung kommt, also, daß mit Ausnahme von Nr. 5, wo die Renten zwar auch den Capitalien der späteren Nummern vorgehen, unter einander aber die von einem früheren Besitzer herrührenden Hypothecarien wieder nach der gleich folgenden Ordnung für Capital und Renten zur Perception kommen, zuerst die Capitalien der ersten Classe zugleich mit den Renten vom Tage des Locationsurtheils nach der angegebenen Reihefolge zur Perception gelangen, und sodann erst die rückständigen und durante concursu laufenden Renten, wieder nach der Reihenfolge der Capitalien. Es wird also der § 39 der Stat. und die damit übereinstimmende Verordnung der comm. Dec., daß, wenn nicht alle Gläubiger für ihre Capitalien zur Perception kommen, von Zinsen keine Rede sein soll, nur auf die zweite *), dritte und vierte Classe bezogen, was sich,

*) Die darin bei Nr. 1 vorkommende Ausnahme s. S. 143.

— selbst abgesehen von dem allgemeinen und constanten Gebrauch, über dessen Gültigkeit kein Zweifel mehr obwaltet, — durch die angegebenen und andere Gründe rechtfertigt.

Noch ist zu erwähnen, daß Zinsen a dato classificatoriae in allen Classen an der Stelle ihrer Capitalien und mit denselben zur Perception kommen.

Zur zweiten Classe gehören:

1) Die Ehefrau, welche ihre Mitgabe oder ihr Leibgeding, welches ihr unter diesem Namen bestellt worden, zurückfordert, jedoch nur, wenn keine mit älteren Hypotheken versehene Gläubiger da sind n).

n. Der Deutlichkeit wegen wird bemerkt, daß hier nur öffentliche Hypotheken gemeint sind. Obgleich hier nur von der Mitgabe und dem Leibgeding die Rede ist, so wird doch das ganze eingebrachte Vermögen der Ehefrauen (bloß mit Ausnahme der bona propria seu receptitia, woher die Präsumtion dafür streitet, daß sämmtliches Vermögen eingebrachtes gewesen), sei es nun bei der Ehe inferirt oder später durch Erbschaften, Geschenke u. dgl. eingeflossen, von der Zeit an, wo es in die Disposition des Mannes gekommen ist, nach dieser Vorschrift locirt, theils weil das curl. und pilten'sche Recht den Unterschied von dos und paraphernum nicht kennt — indem letzteres selbst nicht einmal dem Namen nach vorkommt — vielmehr den Ehefrauen wegen ihrer Illaten ein Retentionsrecht an dem Vermögen ihrer Ehemänner zutheilt *), theils weil dem Ehemanne in Curland, aber-

*) Comm. Dec. 1717 ad des. §. 18 Nr. 4. Curl. Stat. § 198, 20[illegible]

mals bloß mit Ausnahme der ausdrücklichen Receptitien, ein Dispositions- und Nutzungsrecht an dem sämmtlichen Vermögen der Ehefrau zusteht, — nur ist er hinsichtlich der Veräußerung des unbeweglichen beschränkt, — und endlich, weil dem Paraphernalvermögen selbst nach römischem Recht eine gesetzliche Hypothek von dem Augenblicke zusteht, in welchem es in die Disposition des Ehemanns überging *). — Aus Vorstehendem ergiebt sich, daß das inferirte Frauenvermögen öfters an verschiedenen Stellen der zweiten Classe, nach der zu beweisenden Zeit der Illation, locirt werden muß **).

Im Zweifel wird eben so wenig vermuthet, daß das Eingebrachte sich während der Ehe vermehrt, als daß es sich vermindert habe ***).

Das per operas artificiales seu liberales von der Ehefrau Erworbene, wenn die Ehefrau damit einen besondern Erwerb gemacht, nimmt seinen Platz von dem Tage, wo es dem Ehemann beweislich inferirt wurde ****).

---

*) L. 29 Cod. de iure dot. §. 12. L. 11 Cod. de pact. conv. §. 14.

**) Zum Belege der hier entwickelten Grundsätze mögen folgende OHG.-Urthl. in Conc.-S. dienen: v. Stempel-Baechhof — 12 Jan. 1828; v. Fölkersahm-Ellern — 6 Febr. 1828; v. Vietinghoff-Groß-Bersen — 15. April 1831; v. Behr-Popen-Schleck — 24. Febr. 1830; v. d. Brüggen-Stenden — 13. Jun. 1833; Schaefer'sches Conc.-Appell.-Urthl. — 18. Septbr. 1828; v. Gantzkauw'sches Edictal-Urthl. — 24. Jun. 1820; Allerhöchst bestätigtes Urtheil in der v. Berner-Stalgen-Pommusch'schen Concurssache vom 13. März 1828.

***) Urtheil in der v. Vietinghoff-Heycking'schen Edictalsache — 22. Dec. 1816.

****) v. Derschau'sches Concurs-Urthl. — 9. April 1831.

Das sonst während der Ehe, auch durch alleinige Thätigkeit der Frau, Erworbene gehört dem Manne.

Die Illaten aus einer frühern Ehe gehen denen aus der spätern vor *), was schon daraus folgt, daß die Illaten nach der Zeit der Illation locirt werden.

Auf die Kinder der Ehefrauen geht dieses Vorzugsrecht gesetzlich ohne alle Beschränkung über, bei Cessionaren oder andern Erben würde mit dem Retentionsrechte auch der Zinsengenuß wegfallen.

Da die Illaten wegen des dem Ehemanne zustehenden Nutzungsrechtes nicht verzinslich sind, so verlieren sie, wenn dafür Zinsen gezahlt worden, ihr Privilegium, da sie dann als Receptitien gar kein Pfandrecht haben würden. Wenn nach der Trennung der Ehe die geschiedene Ehefrau Zinsen empfangen hätte, würde sie das Privilegium auch verlieren.

Die Ehefrauen haben aber außer dem stillschweigenden Pfandrechte für die Illaten ex dato illationis noch für dieselben ein ius retentionis **). Aus diesem Retentionsrechte geht als natürliche Folge hervor, daß die Ehefrauen bei einem Concurse über das Vermögen ihrer Ehemänner, da dasselbe alsdann von der Gemeinschaft der Gläubiger verwaltet wird, Zinsen von der Zeit an, da die Masse dem Concurs-Curatorio zur Verwaltung übergeben ward, bis zur Auszahlung ihres Illatenvermögens, erhalten müssen, daher wird beständig das Illatencapital mit Zinsen locirt und diese Zinsen haben denselben Platz, wie ihr Capital.

---

*) L. 12 Cod. qui pot. in pign. 8. 18. Nov. 91 cap. 1.

**) Comm. Dec. 1717 ad des. 13 § 4: „Viduis autem co-

2) Wer eine öffentliche und gerichtliche Hypothek hat, nach der Regel: der frühere der Zeit, der bessere dem Rechte nach o). Wenn aber Jemand von diesen Geld zum Ankauf und zur Verbesserung oder zur Erbauung, (auch Ausbau, exstructio) eines Hauses dargeliehen hat, und dieses in der Obligation ausgedrückt ist, auch bewiesen werden kann, daß das Geld dazu verwendet worden, so geht er den Uebrigen vor, wenn diese auch den Vorzug der Zeit haben p).

o. Der vor den comm. Decis. v. 1717 bestandene Unterschied zwischen öffentlichen und Privathypotheken *) ist durch dieselben aufgehoben, so daß das curl. Recht jetzt nur öffentliche, durch Eintragung in das Hypothekenbuch der competenten Instanz gebildete Hypotheken kennt. General- und Special-Hypotheken haben übrigens unter dieser Voraussetzung ganz gleiche Wirkung, und die Zeit und Ordnung der Eintragung entscheidet **). Zu bemerken ist, daß eine in dem Hypothekenbuche für persönliche Verpflichtungen eingetragene Obligation nicht eo ipso auf die,

---

rumque liberis pro quantitate illatorum ius retentionis in bonis mariti salvum maneat Si vero vidua bona quaedam propria marito in dotem intulerit, ea ipsi omnia maneant libera. Itidem bona alii ante oppignorata, si vidua in commodum mariti ea reluerit, in iisdem iure retentionis et plenaria dispositione gaudeat, donec concursus ad finem perductus et super prioritate cognitio facta fuerit". Vergl. §. 193 der Stat.

*) S. § 39 Lit. g Stat. Curl.

**) v. Sacken-Rauden'sches Conc.-Urthl. — 9. Jun. 1827; Appell.-Urthl. Sundel David ctra. Tottien. — 18 Dec. 1816.

auch in derselben Instanz von dem Gemeinschuldner später erworbenen Güter übergetragen wird, sondern nur, wenn der Gläubiger von einer ihm etwa bewilligten Generalhypothek des sämmtlichen Vermögens durch besondere Eintragung — nach welcher Zeit denn auch der Platz bestimmt wird — Gebrauch macht. Ist das Vermögen des Gemeinschuldners in mehreren Instanzen oder auch zum Theil auf dem Lande, zum Theil in der Stadt belegen (denn die Städte haben besondere Hypothekenbücher), so werden mehrere Massen gebildet, auf die dann das bewegliche Vermögen, das nicht etwa Pertinenz jeder einzelnen Masse ist, nach Verhältniß des Verkaufpreises in jeder Masse repartirt wird, was auch der Fall ist, wenn einige Gläubiger nur specielle Hypotheken haben, und bloß rücksichtlich derselben als Hypothecarien gelten, während sie auf die vierte Classe der ihnen nicht zur Hypothek verschriebenen Massen Anspruch machen können, weil eben die vierte Classe allen Massen gemeinschaftlich ist. Wer in mehreren Massen hypothecarische Rechte hat, erhält aus jeder, wo er zur Perception kommt, einen Antheil nach Verhältniß der Masse, mit dem Rechte, falls er in einer Masse gar nicht oder nur zum Theil zur Perception gelangt, aus der anderen in der angewiesenen Stelle Bezahlung zu verlangen; doch kann auch die Bezahlung aus der einen Masse geschehen, wenn iura cessa für den aus der anderen zu empfangenden Antheil gegeben werden.

Nach der auf die commissorialischen Decisionen von 1717 *) gestützten Rechtsregel: mobilia non habent seque-

*) Ad des. 13 § 2: „Si debitor praedia sua alii hypo-

lam, können hypothecarische Rechte an Mobilien zwar gegen den Schuldner selbst, in der Regel aber nicht gegen Dritte, welche die Detention jener Mobilien auf rechtliche Weise erlangt haben, geltend gemacht werden *).

p. Einige Exemplare der comm. Decisionen haben „ad emtionem, meliorationem, vel exstructionem", bei andern fehlt „meliorationem". Jede noch vorhandene, streng zu erweisende Verbesserung, mit Hinsicht auf welche das Creditum gegeben wurde, begründet, wenn solches in der Obligation ausgedrückt ist, ein Vorzugsrecht in so weit als die Masse noch bei Uebergabe an den Curator dadurch bereichert war. Doch muß die Corroboration statim, gleich nach dem Darlehen und der Ausstellung der Obligation, geschehen, weil diejenigen, welche in der Zwischenzeit auf die Masse, die sich als schon verbessert ihnen darstellt, Geld liehen, nicht dadurch benachtheiligt werden können, daß ein Creditum, von dem sie nichts wußten, ihnen vorgezogen werden sollte, unerachtet sie vielleicht ihr Geld gar nicht hergegeben hätten, wenn sie nicht die Masse für besser, als sie war, gehalten, und es gewußt hätten, daß diese Verbesserung nicht aus dem eigenen Vermögen ihres Schuldners, sondern mit geliehenem Gelde bewerkstelligt worden. Unter dieser Voraussetzung wird das hier bestimmte Vorzugsrecht auch auf andere Verbesserungen, als gerade von Häusern bezogen, sie müssen aber überall

---

thecae publicae nexu obligata in tertium quocunque titulo transtulerit, haec translatio ei qui priori et potiori iure utitur, praeiudicare non debet".

*) v. Erzdorff-Kupffer'sches C.-U. v. 4. April 1823.

wesentlich, nicht bloße Reparaturen sein. — Das vel in den Worten: idque in obligatione expressum, vel quod pecunia in id impensa, demonstrari possit, scheint hier, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht, copulativ genommen werden zu müssen, weil durch die bloße Erwähnung in der Obligation, daß das Geld zum Baue ꝛc. angeliehen worden, nicht ein Vorzugsrecht begründet werden kann, welches jeder Betrügerei Thor und Thür öffnen würde. Vielmehr ist außer der Erwähnung in der Obligation auch noch der Beweis, daß das Geld wirklich in das verhypothecirte Haus oder zum Kaufe desselben verwandt worden, nothwendig; unter dieser Voraussetzung aber ist es nicht erforderlich, daß der Nutzen durch die Verbesserung der Hypothek nicht wieder im Laufe der Zeit geschwunden ist. Hierdurch würde sich das ausdrücklich in den Gesetzen enthaltene Vorzugsrecht in Beziehung auf Häuser (d. h. städtische, nicht etwa zu einem Gute gehörige), von dem nach der Analogie gebildeten (im Anfange dieser Notiz lit. p bemerkten) Vorzugsrechte für das Creditum zum Nutzen unterscheiden.

Das Pfandrecht muß auch bei Häusern gleich bei Eingehung des Geschäfts (statim) und mittelst specieller Verpfändung bestellt worden sein *).

Es versteht sich von selbst, daß dergleichen Vorzugsrechte sich nicht auf das ganze Vermögen, sondern nur auf den speciellen Gegenstand und Zweck des Darlehens erstrecken.

*) L. 17 Cod. de pign. 8, 14. L. 7 Cod. qui potiores in pignore 8, 18.

3) Diejenigen, welche sich einer stillschweigenden Hypothek erfreuen, wie Pupillen und andere dergleichen Gläubiger q).

q. Um diese stillschweigenden Hypotheken in öffentliche zu verwandeln und ihnen ein anderes Recht nach dem Datum der Corroboration zu geben, ist besondere Eintragung und Veröffentlichung nöthig. Ist dies nicht geschehen, so stehen sie den öffentlichen Hypotheken nach, rangiren aber unter einander nach der Zeit ihrer Entstehung.

Anmerkung:

Eine Obligation, in welcher die Clausel enthalten ist, daß bis zur Befriedigung derselben sub poena nullitatis keine weiteren Schulden gemacht werden sollen, kommt nach dem Datum der Corroboration zur Perception, und bewirkt, daß keine der ihr nachstehenden Obligationen eher ankommen kann, als bis sie und die vorigen zuerst für Capital, sodann für Zinsen befriedigt sind.

Die dritte Classe enthält alle persönlich Privilegirte:

1) Depositare rücksichtlich ihrer nicht mehr vorhandenen Deposita.

2) Diejenigen, welche dem Schuldner Lebensunterhalt und Kleidung hergegeben haben, jedoch nur, wenn sie nicht seine Kinder sind.

3) Diejenigen, welche dem Schuldner Geld ohne Zinsen geliehen.

4) Verkäufer hinsichtlich des rückständigen Kaufpreises.

5) Diejenigen, welche dem Schuldner zum Ankaufe irgend einer Sache Geld geliehen.

6) Diejenigen, die den gefangenen Schuldner mit ihrem Gelde ausgelöst haben.

7) Wechselgläubiger r).

r. Die Wechsel solcher Personen, welche sich nach russischen Gesetzen nicht auf Wechselrecht verbindlich machen dürfen, gehören als simple Reverse in die vierte Classe *).

8) Staat s), Gemeinheiten, Städte.

s. Daher kommt die Krone, wenn sie nicht durch Corroboration oder durch eine im competenten Gerichte verschriebene Verbotsanlegung, welche die Wirkung hat, daß die Krone sodann nach dem Datum der gerichtlichen Besicherung mit der Wirkung einer Obligation, in der abgemacht worden, daß sub poena nullitatis keine weiteren Schulden contrahirt werden sollen, zur Perception gelangt, — für ihre Sicherheit und einen Platz unter den Hypothecarien gesorgt hat, für alle ihre Forderungen, die nicht als Abgaben in die erste Classe Nr. 10 oder sonst an einen bestimmten Platz gehören, — in Nr. 8 der dritten zu stehen.

Die in Nr. 8 zusammen genannten moralischen Personen gelangen unter einander pro rata zur Perception.

Zu bemerken ist, daß Strafgelder erst nach allen andern Capital-Forderungen, auch denen der 4. Classe, locirt werden **).

---

*) De la Garde'sches Conc.-Urthl. v. 26. Januar 1827.

**) L. 17 D. de iure fisci 49, 14. L. un. Cod Poeni fiscalibus creditores praeferri 10, 7.

Die vierte oder letzte Classe enthält:

Diejenigen, welche unbesicherte Schuldschriften t) haben, und alle übrigen Gläubiger, welche nach Verhältniß (pro rata) ihrer Forderungen befriedigt werden.

t. Den unbesicherten gleich werden die erst nach dem Concurs-Decrete besicherten Schuldschriften erachtet, eine vordem, sei es auch nach der bonorum cessio, geschehene Corroboration gilt *).

Hinter allen:

Die nicht schon in der ersten Classe stehenden, oder für die Illaten zu entrichtenden, oder a dato classificatoriae an der Stelle ihrer Capitalien zu berichtigenden Renten, nach dem Gebrauche gleichfalls nach der Ordnung ihrer Capitalien, für die vierte Classe pro rata.

Sodann die specificirt anzugebenden und richterlicher Prüfung und Würdigung zu unterstellenden Angabekosten.

Schlußbemerkungen:

1) Das curländische Recht kennt die, ohnehin zu vielen Verwirrungen führende Eintheilung des Concurses in formellen, imminenten und materiellen nicht, sondern verordnet ganz einfach, daß der Concurs und seine Wirkungen mit dem Concurs-Decrete beginnen. Wenn daher einer der Gläubiger vor dem Concurs-Decrete (ante quam bona debitoris interdicto iudicis tenerentur) das Seinige erhalten haben sollte, so kommt dies nicht mehr zur Masse, eben so wenig werden Faustpfänder von ihren

---

*) v. Behr-Popen-Schleck'sches Conc.-Urthl. v. 24. Febr. 1830.

Inhabern zurückgefordert *). Die Hypothecarien hingegen, welche unbewegliche Sachen an Pfandes Statt in Besitz haben, genießen keines bessern Rechts als ihnen nach der gerichtlichen Besicherung zukommt. Hieraus folgt, daß sie in der Regel gehalten sein werden, die unbeweglichen Pfandstücke mit den seit dem Concurs-Decrete oder ihrer Wissenschaft von demselben gezogenen Revenüen der Masse auszukehren **). Eine vor dem Concurs-Decrete vollzogene Execution gilt unzweifelhaft, und giebt, wenn sie durch provisorische Einweisung von Massenstücken geschehen, der Masse nur das Einlösungsrecht ***).

2) Auch die curländischen Städte bedienen sich der allgemeinen, in den comm. Decis. von 1717 enthaltenen Concurs-Ordnung. Denn in denselben ist das rigische Recht — etwa manche durch die Sitte begründete städtische Institutionen abgerechnet — wenig oder gar nicht im Gebrauch, vielmehr sind die curländischen Statuten — also auch die Vervollständigung derselben durch die comm. Decisionen — von jeher als ein allgemein gültiges Landrecht angesehen worden. Auch ersieht man aus dem

---

*) Diese sind jedoch gehalten Rechnung abzulegen, und was nach ihrer Befriedigung an Capital, Renten und Kosten übrig bleibt, der Masse auszuantworten; — für einen ihnen jedoch noch etwa zukommenden Rest werden sie nach Maßgabe ihrer Obligation oder ihres Rechts locirt: v. Bodendick-Wilgahlen'sches Conc.-Urthl. v. 4. Mai 1823; Hauptmann v. Keyserlingk'sches Conc.-Urthl. v. 5. Febr. 1823.

**) v. Budberg-Baltensee'sches Conc.-Urthl. v. 4. Mai 1833; v. Sacken-Donbangen'sches Conc.-Urthl. v. 23. April 1830.

***) v. Korff-Paddern'sches Conc.-Urthl. v. 12. Januar 1820; Hauptm. v Keyserlingk'sches Conc.-Urthl. v. 5. Febr. 1823.

Eingange und den einzelnen Bestimmungen dieser Gesetzquellen selbst ganz deutlich, daß sie für alle Stände gegeben sein sollen, so z. B. läßt sich die Absicht der königlichen, plena potestate bekleideten Commission von 1717, eine allgemeine, auch für die Städte gültige Concurs-Ordnung zu geben, sowohl aus dem Worte „merces" bei Nr. 1 der 1. Cl., als aus der Verordnung, daß diejenigen, welche zum Ankaufe oder Bau eines Hauses Geld dargeliehen haben, den älteren Hypothecarien vorgehen sollen (Cl. 2 N. 2), auch aus dem in Nr. 7 der 3. Classe den Wechseln, einem rein kaufmännischen Institute, angewiesenen Platze, folgern. Endlich enthalten schon die Statuten hinsichtlich der meisten, die comm. Decis. von 1717 aber hinsichtlich aller curl. Städte jüngeres Recht, da sie aus einer späteren Zeit herrühren, als die Verleihungen des rigischen Rechtes an die Städte, die sich obendrein nicht immer bestimmt nachweisen lassen *).

---

*) Es versteht sich von selbst, daß Institute, die ausdrücklich sich nur auf den Indigenatsadel beziehen, als das Recht der Erstgeburt, die größeren Erbportionen der Söhne vor den Töchtern, davon ausgenommen sind. Es giebt übrigens einige Exemplare der Statuten, worin der Titel hinter den Worten: „Iura et leges in usum nobilitatis Curlandicae et Semigallicae" noch den Zusatz „et incolarum" hat, was indessen nur beweist, daß man schon frühe sie für ein allen Ständen, mit Ausnahme der nur den Adel betreffenden Verordnungen, gemeinsames Landrecht gehalten hat (Ueber diese allgemeine Anwendbarkeit des curländischen Landrechts, namentlich der Statuten, sprechen unter andern die Oberhofgerichts-Urtheile in Sachen: Trautmann wider Treuer v 28 Mai 1828; Harring wider Kolb v. 2. Dec. 1829; Sander'sches Edictal-Urtheil v. 9. Juni 1822) Die Confirmation der pilten'schen Statuten durch den König Sigismund III. geschah übrigens in der Art, daß sie allgemeine Gültigkeit für alle Einwohner ohne Unter-

II. Im Familienfideicommiß.

Ein Familienfideicommiß ist bedingt durch das, den comp. Hypothekenbüchern einverleibte Gebot einer bestimmten Successionsordnung, der Unveräußerlichkeit und eines festgesetzten, bei Strafe der Nichtigkeit nicht zu überschuldenden Antrittspreises a) — (wenn nicht gar eine jede Beschuldung verboten ist, in welchem letzten Falle die Gläubiger aus den Revenüen während des Lebens des Concursifex ihre Befriedigung nach der Locationsordnung erhalten würden, doch kommt dieser Fall nicht leicht vor). Sowohl aus diesen Bedingungen, als aus der Natur einer jeden Familienfideicommißstiftung, daß nämlich der jedesmalige Inhaber eigentlich Nutznießer ex pacto et providentia maiorum und nicht wahrer, unbeschränkter Eigenthümer, sondern ein Nachfolger ist, der sein Recht vom Stifter überkommen hat und ableitet, — geht als nothwendige Folge hervor, daß jeder Concurs über ein Familienfideicommiß bloß ein Administrationsconcurs während der Lebenszeit des Ge-

---

schieb haben sollten: „Nos igitur Sigismundus III Rex, supplicationi nobilitatis et incolarum Districtus Piltensis apud nos factae benigne annuentes, Statuta et ordinationes superius insertas . . . confirmandas esse duximus, uti quidem hisce approbamus et confirmamus, decernentes, . . . ab omnibus et singulis Distr. Pilt. incolis firmiter et inviolabiliter observari debere“.

a) Oberhofgerichtliche Urtheile: in der v. Grotthuß-Berstein'schen Edictal-Sache v. 23. Febr. 1830; v. Sacken-Kaltenbrunn'schen Conc.-Sache v. 26. April 1820; v. d. Brüggen-Stenden'schen Conc.-Sache v. 13. Jun. 1833; Edictal-Sache Fiscalis wider die v. Korff-Padbern'schen Familianten v. 6. Jun. 1823. Urtheil des herzoglich curl. Hof- und Appellations-Gerichts in der von Nolde-Groß-Gramsden'schen Sache v. 15. Decbr. 1785 u. a. m.

meinschuldners ist, und nicht über die Substanz des Gutes verhängt wird, sondern nur den Antrittspreis und die während der Lebensdauer des Gemeinschuldners zu ziehenden Früchte zum Gegenstande hat. Bei einem derartigen Concurse über ein Familienfideicommiß erfolgt übrigens die Location wie in jedem anderen Concurse, und es werden Allem zuvor die Provocationskosten, die Massenausgaben, die Curatelgebühr, die Competenz b), wie solches bereits oben angegeben worden, berichtigt. Sodann folgt die Location, wie sie oben angegeben worden, nur ist zu bemerken, daß Nr. 8 der ersten Classe hier kein Privilegium haben kann, weil der Grund desselben, Verbesserung der Hypothek oder Erhaltung des Gutszustandes, wegfällt, und die Concursmasse dabei wenig oder gar nicht interessirt ist, da jedenfalls mit dem Tode des Gemeinschuldners aller Vortheil, den sie aus dem etwanigen, durch Saatvorschuß, Verbesserungen u. dgl. bewirkten größeren Ertrage haben könnte, schwindet, und es daher Unrecht wäre, ein Privilegium ohne Grund anzuneh-

b) In Betreff der Competenz ist zu bemerken, daß sie — wie bei einem jeden gewöhnlichen Concurs — in Vorabzug von dem jährlichen Ertrage der Masse kommt, wenn der Gemeinschuldner aus allgemeinen Gründen sich dazu qualificirt, daß aber, wenn ihm solche nur in Berücksichtigung seiner Eigenschaft als Fideicommißbesitzer, an dessen Erhaltung den Gläubigern außerhalb des Antrittspreises gelegen sein muß, zugestanden worden, sie nur nach Befriedigung der jährlichen laufenden Renten der Gläubiger innerhalb des Antrittspreises gezahlt wird, daß er beim Fideicommiß Wohnung, Bedienung u. dgl. stets erhält, während dies beim freien Gute mit dem Verkaufe des ihm angewiesenen Locals in der Regel cessirt.

men, wo die älteren Gläubiger ein wohlbegründetes Recht verlieren oder darin geschmälert werden würden c).

Die im Antrittspreise begriffenen Gläubiger bilden ein besonderes privilegirtes Corps sowohl rücksichtlich ihrer Capital- als Zinsen-Forderungen, obgleich sie unter sich den allgemeinen Principien des Concurses unterliegen, und die Vorzüge der ersten Classe vor der zweiten rc. ebenfalls bei ihnen eintreten müssen; und zwar nicht nur, weil die Concursordnungen gar keinen Unterschied zwischen freien und Familienfideicommiß-Gütern machen, sondern auch weil ein constanter Gerichtsgebrauch dafür spricht, — wie denn hier überhaupt bemerkt werden muß, daß die vorgetragenen Grundsätze über den Concurs, in so weit sie nicht schon aus der klaren Vorschrift der Gesetze ohne Weiteres hervorgehen, als natürliche Folge oder nach der Analogie durch Gebrauch sich ausgebildet und festgestellt haben.

Nach Vorabzug der oben erwähnten Ausgaben sind aus den Revenüen des Familienfideicommisses zu befriedigen die laufenden und sodann die rückständigen Zinsen der innerhalb der Antrittssumme mit ihren Capitalforderungen begriffenen Gläubiger erster Classe, sodann diejenigen der zweiten, und alsdann der dritten Classe, so weit der Antrittspreis reicht, die der vierten zuletzt pro rata. Sollten die Revenüen eines Jahres zur Deckung sämmtlicher laufender Zinsen der Gläubiger innerhalb

c) Beispiel: Das v. Bagge-Diensdorff'sche Conc.-U. v. 29. Septbr. 1831.

des Antrittspreises nicht ausreichen, so sind die laufenden Zinsen der Gläubiger erster Classe vorzugsweise (hier bei Insufficienz pro rata) zu bezahlen, und nach deren Befriedigung der Rest unter die Gläubiger der zweiten Classe innerhalb des Antrittspreises pro rata zu vertheilen; findet sich dagegen nach Bezahlung sämmtlicher laufender Zinsen des Antrittspreises und der ihnen noch vorhergehenden Massenausgaben rc. ein Ueberschuß, so ist solcher zur Berichtigung der etwa durante concursu rückständig gebliebenen Zinsen der Gläubiger des Antrittspreises nach der Locationsordnung zu verwenden. Mit einem nach Berichtigung sämmtlicher laufender und rückständiger Zinsen der Gläubiger des Antrittspreises sich ergebenden Ueberschusse werden Capitalabzahlungen nach derselben Locationsordnung gemacht, und dann rücken die außerhalb des Antrittspreises stehenden Capitalien successive in denselben, die der vierten Classe aber nur pro rata hinein d); zuletzt folgen die noch nicht erwähnten Zinsen und Kosten, bis der Concurs entweder durch Abtragung der Schulden von selbst gehoben wird, oder der nach dem Tode des Gemeinschuldners eintretende successor ex pacto et providentia maiorum das Gut antritt. Die seit dem Tode des Gemeinschuldners gezogenen Früchte gehören dem neuen Besitzer, doch muß er auch von da an die Zinsen des Antrittspreises entrichten.

---

d) Beispiel: das v. Budberg = Baltensee'sche Conc. = U. v. 4. Mai 1833, und mehr oder weniger alle über Familienfideicommiß = Concurse gefällte Urtheile.

VII.

Zur Exegese des §. 89 der curländischen Statuten.

Von dem curländischen Herrn Gouvernements-Fiscal rc.
Fr. Maczewski.

Wer sich mit den curländischen Statuten vom Jahre 1617, der Hauptquelle des einheimischen Privatrechts, näher bekannt gemacht hat, wird, ohne eigensinnige Vorliebe, an dieser Gesetzsammlung wenig zu rühmen wissen. Zwar würde es ungerecht sein, den Commissarien des Königs Sigismund III. den Stoff, die materielle Schuld zu imputiren, ihnen zum Vorwurfe zu machen, daß sie römisches und canonisches Recht, germanische Rechtselemente und feudalen Barbarismus widernatürlich gemischt haben. Solche sich sträubende Vermählung fällt der geschichtlichen Epoche, dem Zwange der Zeit zur Last. Allein, wenn man die Anordnung des gegebenen Stoffes betrachtet, wenn man nach dem regulativen juristischen Principe der Zusammenstellung, nach der logischen Folge und dem systematischeu Zusammenhange fragt, wird man sich einiger Bedenklichkeiten und Zweifel an der legislativen Weisheit jener Herren Commissarien schwerlich entschlagen können. Wo z. B. läge die genetische Beziehung, welche die Gesetze über die Vormundschaft mit denen über persönliche und dingliche Servituten verknüpft? Und doch dürfte gerade in dem unscheinbaren Gedanken, der die Verbin-

dung zwischen der Tutel und dem Usufruct in den Statuten vermitteln soll, der Schlüssel zu dem Verständnisse des bisher für räthselhaft oder gar ungereimt gehaltenen §. 89 zu finden sein. Mag auch die Exegese einer an sich unerheblichen Gesetzstelle, wie die vorliegende, weder die Wissenschaft bereichern, noch auch einen bemerklichen practischen Gewinn bringen, immer hat es ein psychologisches Interesse, die versteckten Fäden zu erforschen, die oft durch geheime Bezüge, durch die lockerste Verwandtschaft der Ideen, weit auseinander liegende Begriffe verbinden.

Nachdem die voranstehenden §§. der Statuten von den Schenkungen gehandelt, geht der 89. § auf das Darlehn über. Er lautet nach Ziegenhorn:

> Servit praeterea quibusdam pecunia, quae ex mutuo ad eos pervenit, etiam dominio ipsius pecuniae ad eos translato: itaque bona fide mutuum reddatur, ut a tempore morae, quo redditum non fuit mutuum, loco damni emergentis et lucri cessantis poenarum in contractu appositarum actio creditori detur.

Die ungrammaticalische Interpunction bei Ziegenhorn, die indeß auch Birkel aufnimmt, ist hier nach dem Abdrucke der Statuten, den der fasciculus rerum curlandicarum primus von Nettelbladt enthält, berichtiget. Obgleich sowohl Ziegenhorn als Nettelbladt ut a tempore morae etc. haben, so ist dieses ut doch von Birkel mit evidentem Recht in aut verwandelt worden, weil das Darlehn nicht wieder bezahlt werden soll, damit a tempore morae auf Ersatz geklagt werde, sondern weil

es wieder zu bezahlen oder, andern Falls, auf Ersatz zu klagen ist. Offenbar irrig steht ferner bei Nettelbladt das nach den Worten „loco damni emergentis et lucri cessantis" eingeschaltete, die angeführten Worte mit dem folgenden Satze verbindende ac, weil dem Gläubiger, im Falle der mora des Schuldners, statt des erlittenen Schadens und entbehrten Vortheils, und nicht zugleich statt der im Contracte festgesetzten Conventionalstrafe, sondern auf dieselben, zu klagen, freigestellt sein soll. Die hermeneutische Hauptschwierigkeit liegt indeß in dem Satze „etiam dominio ipsius pecuniae ad eos translato", wo Nettelbladt ex dominio und ad nos statt ad eos schreibt, welches letzte indifferent ist. Das ex vor dominio aber dürfte der Ansicht, die hier entwickelt werden soll, nicht widersprechen. Was Nettelbladt von dem bedenklichen Satze gehalten haben mag, ist aus seiner freien Uebersetzung nicht ersichtlich. Er enthebt sich aller Schwierigkeit, indem er die Stelle übergeht und auf sich beruhen läßt. Birkel dagegen übersetzt folgendermaßen:

> „Darlehnsweise erhaltenes Geld ist überdies den Empfängern diensam, auch wenn sie Eigenthümer davon geworden wären".

Dies ist nun aber völlig unjuristisch. Denn bekanntlich ist das mutuum ein durch Uebergabe einer vertretbaren Sache vollzogener Vertrag (Realcontract), der die volle Veräußerung der übergebenen Sache, mit der Bedingung der Restitution nach gleicher Gattung und Güte, in sich schließt. In hoc damus, ut accipientium fiat, sagen die Gesetze; mutuum ab eo appellatum, quod de meo tuum fit, wie der Jurist Paulus bemerkt. Der

Darlehnsnehmer wird immer und in jedem Falle Eigenthümer des darlehnsweise erhaltenen Geldes. Soll nun, nach der Birkel'schen Uebersetzung, darlehnsweise erhaltenes Geld den Empfängern diensam sein, auch wenn sie Eigenthümer davon geworden wären, so mußte sich nothwendig ein Darlehn denken lassen, das dem Empfänger diensam wäre, auch wenn er nicht Eigenthümer desselben wurde, eine Sequel, die den Begriff des Darlehns aufhebt. Oder hätte der Uebersetzer in der fraglichen Stelle den Fall angedeutet gefunden, daß das Darlehn dem Empfänger diensam sei, wenn er zugleich aus einem andern Grunde, z. B. als Erbe des Gläubigers, Eigenthümer des darlehnsweise erhaltenen Geldes geworden wäre, so wird zwar Niemand die überflüssige Wahrheit bestreiten, wohl aber an dem folgenden Satze „itaque bona fide mutuum reddatur" Anstoß nehmen, weil der Schuldner in solchem Falle, als Erbe des Gläubigers, nichts zu restituiren hätte. Ueberdies erhellt aus der Stellung und ganzen Fassung des §. 89, daß in ihm nicht von einem Ausnahmsfalle, sondern von den allgemeinen Grundsätzen des Darlehns die Rede sei. Will demnach der Interpret seine Aufgabe lösen, und, statt zu opfern, erhalten, so sehe er sich nach einer Erklärung um, die ein rationelleres Resultat, als die Birkel'sche Uebersetzung, giebt. Der Versuch sei hier gemacht.

Es läßt sich nicht verkennen, daß der Satz „servit praeterea ꝛc. auf ein Vorhergehendes, auf eine Beziehung hindeute, an der sich die rechtliche Natur des Darlehns herausstellen soll. Da die unmittelbar vorangehenden §§. von der Schenkung handeln, einem Vertrage, der, gleich

dem mutuo, das Eigenthum der geschenkten Sache, obgleich ohne Verbindlichkeit zur Restitution, auf den Empfänger überträgt, die Schenkung mithin dem Empfänger ebenfalls nur in so fern diensam ist, als er durch sie Eigenthum erlangt, so ließe sich das „etiam dominio ipsius pecuniae ad eos translato" schon mit Bezug auf die Schenkung in sofern erklärlich deuten, als bei dem Darlehn, eben so wie bei der Schenkung, das Eigenthum auf den Empfänger übertragen werde. Weil aber die Uebertragung des Eigenthums bei dem Darlehn nicht, wie bei der Schenkung, ex liberalitate geschieht, so ist das mutuum getreulich wieder zu bezahlen, „itaque bona fide mutuum reddatur". Würde man sich auch schon bei dieser Erklärung beruhigen können, so möchte doch noch eine augenscheinlichere Beziehung weiter oben, und zwar an der Stelle zu finden sein, wo sich die Gesetze über den Nießbrauch an die Vormundschaft schließen. Der Ususfruct wird dort an die Vormundschaft durch den vermittelnden Gedanken geknüpft, daß der Usufructuar, gleich dem Vormunde, Dinge in seiner Gewalt habe, die nicht sein Eigenthum sind, Dinge, die jedoch einem Jeden, in so fern ihm etwa der Nießbrauch an denselben zusteht, auf eine gewisse Weise diensam sind. Diesen, die persönliche Servitut des Ususfruct einleitenden Gedanken faßt der auf die Vormundschaft folgende § 76 der Statuten in folgende Worte:

In potestate etiam sua, non in dominio alicuius, sunt res, quae cuivis quocunque modo **serviant**, veluti ex quibus ususfructus debetur.

Der Begriff von servire tritt nun wieder beim Darlehn im § 89 auf. Es ist aber nicht mehr von Dingen

die Rede, die Jemanden diensam sind, weil sie sich mit dem Rechte des Gebrauchs in seiner Gewalt, obgleich nicht in seinem Eigenthume, befinden, sondern es handelt sich nunmehr um Dinge, die Jemandem diensam sind, weil auch das Recht des Eigenthums auf ihn übergegangen ist. Dort sind die Dinge lediglich aus dem Grunde eines nützlichen Besitzes, ex potestate, hier aus dem Grunde des auch erlangten Eigenthums, ex dominio, diensam. Und so würde sich der ganze Satz „servit praeterea quibusdam pecunia, quae ex mutuo ad eos pervenit, etiam dominio ipsius pecuniae ad eos translato" in die einfache juristische Wahrheit auflösen: daß Geld denjenigen, die es darlehnsweise überkommen haben und die dadurch auch Eigenthümer dieses Geldes geworden sind, diensam sei, eine Wahrheit, die auch durch Beibehaltung des bei Nettelbladt vor dominio stehenden ex nicht erschüttert würde, indem dieses, auf servit praeterea zu beziehende ex vielmehr den Rechtsgrund der Diensamkeit, das dominium translatum, noch bedeutsamer hervorhebt. Da jedoch das Eigenthum ex mutuo erworben worden, in der rechtlichen Natur dieses Vertrages aber die Verbindlichkeit zur Restitution nach gleicher Quantität und Qualität liegt, so ergiebt sich denn auch die weitere, durch das conclusive itaque vermittelte Folge, daß das Darlehn getreulich wiederbezahlt, andern Falls aber dem Gläubiger gestattet sein soll, statt des erlittenen Schadens und entbehrten Vortheils, von der Zeit des Verzuges an, auf die im Contract festgesetzten Strafen zu klagen.

VIII.

Inquisitions- oder Anklage-Proceß?

Beantwortet von Dr. F. G. v. Bunge,

in einem Gutachten über die Schrift:

Zur Geschichte des Criminal-Processes in Livland von W. v. Bock. Dorpat 1845. 8.

(Geschrieben im März 1846.)

Der Verfasser der vorliegenden Schrift hat bereits früher in inländischen Zeitschriften einige kleinere Aufsätze geliefert, welche durch die Lebendigkeit ihrer Darstellung, durch ihre scharfe und geistreiche Critik, so wie durch ihre Freimüthigkeit das lebhafteste Interesse nicht bloß des juristischen Publicums erregt haben, wogegen sie den Rechtsgelehrten vom Fach, namentlich den Rechtshistoriker, nicht immer in gleichem Maaße befriedigten. Die gegenwärtige Schrift theilt im Ganzen die Vorzüge wie die Mängel der früheren Arbeiten des Verfassers, bei ähnlicher Tendenz. Als solche stellt sich in allen bisherigen Versuchen des Verf. heraus ein Bekämpfen der Praxis, welche er als eine irrige, mißbräuchliche darzustellen, und auf critischem, wie auf rechtshistorischem Wege als solche zu erweisen sucht. Wenn er auf ersterem Wege immer siegreich erscheint, so liegt dies zunächst darin, daß die Praxis — oder vielmehr die schriftstellernden Praktiker unseres Lan-

des — im Gefühl des Bedürfnisses, ihre Behauptungen möglichst zu begründen, häufig auf Rechtsquellen sich berufen, welche das nicht besagen, was sie besagen sollen, welche aber allerdings — nicht selten wenigstens — die **mittelbare** Quelle der Praxis, d. i. des factisch bestehenden Rechts, waren. Den Widerspruch der Praxis mit den geschriebenen Rechtsquellen in solchen Fällen darzuthun, ist selten schwierig, der Sieg daher leicht; allein der Wissenschaft ist damit im Ganzen wenig gedient. **Ihre** Aufgabe, und namentlich die Aufgabe des echten Rechtshistorikers, ist nicht, zu zeigen, wie die Praxis, das bestehende Recht, sich hätte gestalten **sollen**, sie muß vielmehr dahin gerichtet sein, jenes Medium zwischen dem geschriebenen Recht und der Praxis aufzufinden, zu zeigen, **wie** und **warum** das, was Recht ist (die Praxis), Recht geworden, auf welche Weise das ius scriptum in's Leben übergegangen und sich zu dem Bestehenden herangebildet hat, und in der Regel hat heranbilden **müssen**. Diesen Weg hat der Verf. in seiner neuesten, vorliegenden Schrift zwar mehr eingehalten, als früher, allein er hat sich doch noch nicht ganz der Fesseln entschlagen können, in welche ihn die sogenannte legistische, von der rechtshistorischen gar sehr abweichende Methode in der Rechtswissenschaft gefangen hält. Ref. will ihn indeß dieserhalb um so weniger hart tadeln, als er selbst in seinen früheren academischen und schriftstellerischen Arbeiten ganz in denselben Fehler verfallen war, und erst durch genaueres Studium der verschiedenen Methoden der Rechtswissenschaft, durch tieferes Eindringen in die Rechtsquellen, endlich durch reifere Ansichten von dem Leben überhaupt und vom Rechtsleben

insbesondere, zu einer geläuterteren Ansicht und Beurtheilung auch unserer Praxis gelangt ist, und zwar geraume Zeit früher, ehe er seine theoretische Laufbahn mit einer practischen vertauschte. Darum will Ref., wenn ihn auch die Darstellung des Verfassers nicht ganz befriedigte, ja selbst wenn er die von demselben gefundenen Resultate zum Theil geradezu für irrig erklären muß, ihm dennoch für seine Arbeit, um ihrer vielen schätzbaren Seiten willen, Dank wissen, und gern seine Ueberzeugung dahin aussprechen, daß der vielbegabte Verf. in der Folge, bei fortschreitenden Studien, und wenn er die Quellen des Provincialrechts tiefer und vollständiger eingesehen, ihre organische Entwickelung besser erfaßt haben wird, auch von der Praxis eine richtigere Ansicht gewinnen und im Gebiete unserer Rechtsgeschichte sehr Tüchtiges und Erfreuliches leisten werde.

Indem Ref. zur Sache selbst schreitet, übergeht er zunächst die philosophisch gehaltene, ausführliche Vorrede, indem er offen bekennt, daß er „mit der Entwickelung der (Hegel'schen) Rechtsdialektik in extenso zu wenig bekannt ist" (Vorr. S. XI), um dem Verf. auf diesem Gebiete gehörig folgen zu können. Dies Uebergehen dürfte aber auch um so weniger schaden, als der Verf. das hier Gegebene selbst für ein horsd'oeuvre erklärt: es soll gewissermaßen nur zu einer Rechtfertigung der in seiner geschichtlichen Abhandlung überall durchschimmernden „Sympathie" für den sog. Anklageproceß dienen.

Gegenstand der Abhandlung selbst sind hauptsächlich zwei, mit einander zum Theil in Verbindung stehende Rechtsfragen aus dem Criminalprocesse: über den Gerichtsstand des

livländ. Adels in Criminalsachen und über die Form des Verfahrens. Die Praxis pflegt nämlich die Sätze aufzustellen: der livländische Adel hat in Criminalsachen sein Forum vor dem livländischen Hofgericht und zwar wird hier der Proceß gegen ihn nur auf accusatorischem Wege verhandelt. In Criminalsachen anderer (unter Landesjurisdiction sortirender) Personen dagegen ist — mit Vorbehalt der Leuteration — das Landgericht die competente Behörde und das Verfahren das inquisitorische. Letzteres bildet daher die regelmäßige Form des Criminalprocesses, das accusatorische tritt nur ausnahmsweise, als Privilegium des Adels, auf.

Nach Feststellung dieses Streitpunctes (§ 1) unterwirft der Verf. (§ 2—4) die Schriften von Buddenbrock's und Samson von Himmelstiern's, welche jene Grundsätze bezeugen, einer scharfen Critik, durch welche er eben nur nachweißt, daß ihre Behauptungen mit denen von ihnen angeführten Quellenbelegen nicht stimmen, und geht dann (§ 5) zu einer historischen Beleuchtung des Gegenstandes über, wobei wir ihm möglichst Schritt für Schritt folgen wollen, übrigens zunächst und hauptsächlich nur in Beziehung auf die eine Frage, über die Form des Criminalprocesses, welche der Verf. selbst vorzugsweise und als die Hauptfrage behandelt, während von der Competenzfrage fast nur gelegentlich gehandelt wird, auch das darüber Beigebrachte von der Art ist, daß es nur sehr selten zu Bemerkungen Veranlassung giebt.

Im § 6 wird „Geschichtliches bis auf die schwedisch-livländische Periode" geliefert, und zunächst in Beziehung auf die „Periode der livländischen Selbständigkeit" (bis

1561) auszuführen gesucht, daß in ihr der Privatanklage-proceß die ausschließliche und Grundform des livländischen Criminalprocesses gewesen sei. Daß dies die Regel im alten Landrecht war, ist ohne allen Zweifel richtig; es galt allerdings zunächst der in den alten Ritterrechten mehrfach bezeugte Grundsatz: „Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter". Allein diese Regel galt schon in diesem Zeitraume keineswegs unbedingt und ausschließlich im ganzen Lande und für alle Richter. Abgesehen davon, daß in den Städten der Richter in einzelnen Fällen auch ohne gerichtliche Klage einzuschreiten befugt, ja selbst verpflichtet war (vgl. das ältere, sog. Oelrichs'sche rigische Stadtrecht Th. II. C. 21, Th. X. C. 6), waren es hauptsächlich die geistlichen Gerichte, bei denen ein officiöses Einschreiten des Richters und ein damit im Zusammenhange stehender Untersuchungsproceß sehr häufig vorkam. Zwar hat der Verfasser nicht ganz Unrecht, wenn er (S. 34) sagt: „auch im canonischen Rechte bilde der Anklageproceß die theoretische Voraussetzung", allein es kann ihm doch unmöglich fremd sein, daß gerade seit dem Ende des 12. Jahrh. — also gerade zur Zeit der Germanisirung Livlands — durch Innocenz III. der inquisitorische Proceß im canonischen Rechte in solchem Umfange Eingang fand, daß dadurch der Anklageproceß fast ganz in den Hintergrund gestellt wurde. Daß aber das canonische Recht in jenem Zeitraume auch in Livland im vollsten Umfange geltend war, daß auch hier die Competenz der geistlichen Gerichte auf weltliche Personen und auch auf viele weltliche Sachen sich erstreckte, muß man in einem Lande, das von lauter geistlichen Fürsten be-

herrscht wurde, in welchem das Ansehen des Pabstes so bedeutend war, wie in Livland, schon von vorn herein annehmen, selbst wenn es an ausdrücklichen Zeugnissen darüber fehlte. Allein an solchen ist keineswegs ein Mangel: über das Vorkommen der Sendgerichte, bei welchen bekanntlich ganz vorzüglich der inquisitorische Proceß im Schwange war, giebt es schon Beweise aus dem 13. Jahrh. (Urk. v. 1232 in den Monum. Livon. ant. T. IV. pag. CLI, v. 1284 in Turgenew Monim. Ross. T. I. pag. 85), und das interessante Statut des rigischen Provincialconcils vom J. 1428 giebl sowohl über die ausgedehnte Competenz der geistlichen Gerichte Livlands, als auch darüber, daß in denselben der inquisitorische Proceß die Regel bildete, sehr bestimmte Auskunft, indem — namentlich im Tit. 7 dieses Statuts — das „inquirere et corrigere" zu den Hauptpflichten des geistlichen Richters gerechnet wird. Dazu kommt endlich noch der Gebrauch des inquisitorischen Processes bei den Gliedern des deutschen Ordens in Livland, wie er in den Ordensstatuten stark ausgeprägt ist. Wie sehr unser Verf. hier durch eine vorgefaßte Meinung verblendet ist, davon zeugt besonders der Umstand, daß er zwar selbst sehr ausführlich von diesem inquisitorischen Proceß beim Orden handelt (S. 43 fgg.), demselben jedoch nur einen muthmaßlichen und zwar viel späteren, und bloß mittelbaren Einfluß auf Livland, vermeintlich durch den im Jahre 1589 für Livland angeordneten Gebrauch der preußischen Gerichtsordnung — welche auf den Ordensproceß sich gründen soll — zugestehen will, ohne daran zu denken, daß die Ordensstatuten und Gesetze, wie in Preußen, so auch in Livland schon

zur Ordenszeit, also seit dem 13. Jahrh., unmittelbare Geltung hatten, aber freilich nur für Ordensbrüder. Daher ist es ein zweiter Irrthum des Verf., wenn er die Anwendung der Ordensgesetze für ganz Preußen, also auch für die preußischen Landesgerichte, in Anspruch nimmt, während sie doch nur für die geistlichen (Ordens-) Gerichte gegeben, daher auch nur für diese bindend waren. In wiefern übrigens das Verfahren bei den geistlichen Gerichten auf das der Landgerichte durch die Praxis mittelbaren Einfluß gewann, das ist eine andere Frage, welche, wie für das abendländische Europa (s. besonders Biener's treffliche Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses. Leipzig, 1827. 8.), so auch für Preußen, und nicht minder für Livland bejahend beantwortet werden muß, wenn es auch für diesen Zeitraum dem Ref. zur Zeit an ausdrücklichen Belegen dafür fehlt, die sich aber in unseren noch verborgenen Quellen ganz unstreitig finden werden, und in den Städten namentlich auch nicht mangeln.

So ist mithin das von uns für die Zeit der Selbständigkeit Livlands gewonnene Resultat von dem des Verf. sehr abweichend: wir finden neben dem Privatanklageproceß auch den inquisitorischen in sehr bedeutendem Umfange, und zwar letzteren nicht nur in geistlichen, sondern auch in weltlichen Gerichten. Daß dieser Zustand während der Herrschaft des catholischen Polens nicht zu Gunsten des accusatorischen Processes sich geändert habe, vielmehr im Gegentheil anzunehmen ist, daß der inquisitorische immer mehr an Bedeutung gewonnen, daran kann nicht wohl gezweifelt werden. Denn wenn auch die preußi-

sche Gerichtsordnung, deren Gebrauch in Livland die poln. Regierung im J. 1589 anordnete, — wie der Verf. (S. 46), und gewiß vollkommen richtig vermuthet, — hier nie practische Gültigkeit erlangte, so ist der wenn nicht ausschließliche, so doch gewiß vorwaltende Gebrauch des inquisitorischen Verfahrens gegen das Ende des 16. Jahrh., auch nach unseres Verf. Zugeständniß (S. 47), als unstreitig dargethan anzusehen (s. die livländ. Ordnung v. J. 1598 Art. 13).

Dies soll nun, unserem Verf. zufolge, während der schwedischen Herrschaft sich wesentlich geändert haben. Um solches zu beweisen, giebt der Verf. (im §. 7 S. 50—57) eine Darstellung des „Criminalprocesses des schwedischen Landrechts v. J. 1608", und meint, dieser Proceß habe in Schweden im Anfange des 17. Jahrh., also zur Zeit der Unterwerfung Livlands an Schweden, gegolten. Allein dies beruht auf einem Irrthume. Das schwedische Landrecht oder der sog. Landlag wurde zwar allerdings im J. 1608 einer Revision unterzogen und mag daher in gewisser Beziehung von diesem Jahre datirt werden; allein dieses Landrecht ist bereits im J. 1442 promulgirt worden, und die Revision v. J. 1608 beschränkte sich — wie im Promulgationsedict von diesem Jahre ausdrücklich bezeugt wird — im Wesentlichen bloß auf eine mehr nur formelle Feststellung eines genauen Textes dieses alten Gesetzbuches, ohne daß die durch eine Reihe von späteren, seit dem 15. Jahrh. erlassenen Gesetzen, so wie durch den Gerichtsbrauch eingeführten materiellen Veränderungen des alten Rechts dabei berücksichtigt und in das Gesetzbuch mit aufgenommen wurden. So war denn schon

im J. 1608 nicht Weniges von dem eben nur formell revidirten alten Landrecht antiquirt, und namentlich hatte das Gerichtswesen und Verfahren, unter Anderem durch die Gerichtsgangsordnung v. J. 1598 (in Schmedeman's Justitienwerk S. 112), so manche Reformen erfahren. Diese durfte also unser Verf., — wollte er das schwedische Gerichtswesen schildern, wie es zur Zeit der Unterwerfung Livlands an Schweden bestand, — eben so wenig ignoriren, als die beiden Gerichtsordnungen von den J. 1613 u. 1615, die auch deutsch im Anhang zum schwedischen Landrecht abgedruckt sind, und auf die er zunächst seine Darstellung hätte stützen müssen. Dem steht auch keineswegs entgegen, daß die schwedische Gerichtsordnung v. J. 1614 § 1 u. 18 (worauf der Verf. S. 60 Anm. 6 Gewicht zu legen scheint) auf den Landlag verweist, denn darin liegt ganz gewiß nicht die Absicht, alle seit der Promulgation des Landlags im J. 1442 bis zum J. 1614 erlassenen ergänzenden und abändernden Gesetze aufzuheben; vielmehr sind diese ohne Zweifel als in der Verweisung implicite mit enthalten anzusehen.

Daß nun aber in Schweden neben dem Privat- und Staatsanklageproceß in Criminalsachen auch der inquisitorische, mindestens seit der Mitte des 16. Jahrh., nicht unbekannt gewesen ist, dafür liefern von dem J. 1549 an mehrere schwedische Gesetze den überzeugendsten Beweis, und es möge hier genügen, auf das alphabetische Register zu Schmedeman's Justitienwerk unter d. W. Ransakning i Criminal-mahl, d. h. Untersuchung in Criminalsachen, zu verweisen. Man wende nicht ein, daß der Ausdruck „Untersuchung", wie zuweilen wohl der Fall sein

mag (s. unsern Verf. S. 53 Anm. 19), hier im uneigentlichen Sinne gebraucht werde; es ist hier vielmehr vom wirklichen Inquisitionsproceß die Rede. Besonders interessant ist namentlich die — freilich zunächst den Kriegsproceß betreffende — königliche Verordnung vom 2. März 1683 (bei Schmedeman S. 828, bes. 833 fgg.), wo es geradezu heißt: es gebe zweierlei Formen, nach denen die Criminalsachen (beim Kriegsvolk) zu verhandeln sind, den Anklage- und Untersuchungsproceß, worauf nähere Bestimmungen über beide folgen. Daß sich dies aber nicht bloß auf den Kriegsproceß beschränkt, ersieht man aus der häufigen Anwendung dieser Verordnung auch im nichtmilitairischen Proceß, wie unter Andern die Anmerkungen zum Landlag, Tit. von Gerichtssachen, auch einzelne königl. Gesetze, z. B. der königl. Brief vom 22. Decbr. 1686 u. a., überzeugend darthun.

Wie ist aber, wird man fragen, damit zu vereinigen die königliche Executionsverordnung vom 10. Juli 1669, durch welche, nach der Ausführung unseres Verfassers (S. 23 fgg. und 61 fgg.), der Inquisitionsproceß, wenn er bis dahin noch in irgend einer Provinz Schwedens existirt haben sollte, durchaus aufgehoben, und der Staatsanklageproceß durch den Fiscal als durchaus ausschließliche Form des Criminalprocesses für das ganze schwedische Reich angeordnet worden ist? Wir antworten darauf: Diese ganze Ausführung des Verf. beruht auf einer Täuschung, denn in der von ihm angeführten königl. Verordnung vom J. 1669 ist von Verbrechen im eigentlichen Sinne des Worts, von Criminalsachen, gar nicht die Rede, sondern lediglich nur von dem Verfahren gegen

diejenigen, welche königl. Verordnungen und Stadgen übertreten, eine im schwedischen Recht öfters vorkommende, technische Bezeichnung für Amtsvergehen und Vergehungen gegen gewisse Administrativ- und polizeiliche Gesetze, Vergehungen, durch welche kein privates, sondern nur ein öffentliches Interesse verletzt wird, bei welchen mithin ein Privatkläger nicht vorausgesetzt und eben daher ein officiöser Ankläger — der Fiscal — nothwendig wird. Zum Beweise dessen berufen wir uns — der Kürze wegen — zunächst wieder auf das alphabet. Register zum Schmedeman u. d. W. Stadgar, wo die betreffenden Gesetze über jene Classe von (geringeren) Vergehungen, welche das schwedische Recht „Uebertretung der königlichen Stadgen und Verordnungen" nennt, zusammengestellt sind, womit noch der Artikel „Fiscal" in demselben Register verglichen werden kann. Ganz damit übereinstimmend und das Gesagte vollkommen und unwiderleglich bestätigend, ist aber auch die für Livland speciell ertheilte zweite Landgerichtsordnung v. J. 1632, wo es im §. 7 heißt: „Auch sollen bei diesen Gerichten alle Excesse, so wider Edicte und Gebot der königl. Majestät vorgehen, es sei verfängliche Vorkauferei, oder Nichterbauung und Unterhaltung der Kirchen und Schulen, Post und Posthäuser, Stege und Wege, Flösse und Fähren, imgleichen Nichtentrichtung Statiekorns, Nichtbesoldung der Prediger und Schuldiener, und was dergleichen zu des Landes Nothdurft mehr angewendet und ohne Mangel geleistet werden muß, wie denn auch diejenigen, so sich unter der königlichen Majestät in diesen Landen gesetzt und nicht eidpflichtig geworden, dafern sie

nicht — — — den schuldigen Eid der Unterthänigkeit abgeleget, von dem Landgericht auf ordentliche Klage oder auch ex officio gestrafet werden". Dies ist die einzige Bestimmung der Landgerichtsordnung v. 1632, welche ausdrücklich den Anklageproceß durch den Fiscal, aber auch keineswegs ausschließlich, anordnet, und keineswegs für Criminalsachen im engeren Sinn, sondern gerade nur für die auch im §. 26 der Executionsverordnung v. 1669 gemeinten „Uebertretungen", oder, wie sie hier heißen, „Excesse" gegen königliche Verordnungen, über deren Begriff, nach den hier gegebenen Beispielen, wohl gar kein Zweifel weiter obwalten kann.

Mit dem Einsturze dieses Grundpfeilers, auf welchen der Verf. vorzugsweise sein ganzes System des schwed. Criminalprocesses im 17. Jahrh. baut, fällt denn natürlich das System selbst zusammen, und ebenso hinfällig wird die Behauptung des Verf. (S. 61 fgg.), daß durch die Executionsverordnung v. 1669 auch für Livland der inquisitorische Proceß, welcher durch die Landgerichtsordnung v. 1632 „einen zwar untergeordneten, aber — doch einen Platz" erhalten, wieder aufgehoben sei. Aber auch darin hat der Verfasser sehr Unrecht, wenn er diesen Platz einen untergeordneten nennt. Er giebt selbst (S. 59) zu, der inquisitorische Proceß habe nach der Landgerichts-ordnung statt: 1) ohne Unterschied des Standes des Angeschuldigten bei mehreren einzeln aufgezählten Verbrechen (namentlich Blutschande, Sodomie, Nothzucht, Kindermord, vorsätzlichem Todtschlag: L.-G.-O. § 24) und 2) in „allen andern Criminalsachen" (L.-G.-O. § 25 u. 28)

derjenigen, die nicht von Adel *) sind. — Für welche Fälle bleibt mithin der Anklageproceß übrig? Doch offenbar — abgesehen von den obgedachten „Uebertretungen königlicher Stadgen" — nur für solche Verbrechen Adliger, welche nicht zu der in § 24 der L.-G.-O. bezeichneten Categorie gehören! Kann man es mithin wohl noch eine untergeordnete Stellung des inquisitorischen Processes nennen, wenn darnach in allen eigentlichen Criminalsachen Nichtadeliger und selbst in einigen der Adligen zu verfahren ist? Ist nicht vielmehr gerade das Gegentheil anzunehmen, und der inquisitorische Proceß nach der L.-G.-O. als Regel, der accusatorische als Ausnahme zu betrachten?

Es fragt sich nur noch, ob diese Bestimmungen der L.-G.-O. von 1632 nicht durch spätere Gesetze geändert worden sind. Daß es durch die Executionsverordnung von 1669 nicht geschehen, ist schon oben gezeigt worden; eben so wenig geschah es aber auch durch die Instruction für die Kreisfiscale, auf welche unser Verfasser (S. 63 fgg.) sich noch schließlich beruft. Diese Instruction — in vollkommener Uebereinstimmung mit der Instruction des livl. Oberfiscals vom 13. Aug. 1630 — verpflichtet nämlich die Fiscale, vor Allem Sachen, bei welchen das Interesse

*) Der Verf fügt zwar noch hinzu „oder nicht Diener und Hausgenossen adliger Personen". Allein die Landgerichtsordnung ordnet in § 27 den Privatanklageproceß nur an für solche Sachen, welche Edelleute und Herren gegen ihre Diener und Hausgenossen „wegen Untreue in der Verwaltung und wegen anderer Unthat und grober Excesse" anhängig machen, also offenbar nicht für eigentliche Criminalverbrechen, welche jene Diener begehen.

der königl. Regalien (Oberfiscals-Instruction § 1. 2, Kreisfiscals-Instr. § 1), so wie des Gemeinwesens im Spiel ist (O.-F.-J. § 5 u. 8, K.-F.-J. § 2), namentlich alle Uebertretungen königlicher (— administativer und polizeilicher) Edicte und Gebote (O.-F.-J. 8—11. 14. 15., K.-F.-J. 6), daher auch Amtsvergehen (O.-F.-J. § 3. 7., K.-F.-J. § 3), amtlich anhängig zu machen. Demnächst sollen freilich die Fiscale auch, „wann sehr viel Blutschulden und andere eingerissene Sünden sich häufen und vielmal verhelet werden", alle solche „zu öffentlichem Aergerniß eingerissenen Sünden und Laster" wider die Verbrecher selbst und wider die Heler gerichtlich eifern, und wider dieselben „als Uebertreter der königlichen Verordnungen" gerichtlich verfahren (O.-F.-J. § 2, K.-F-J. §. 7). Also auch hier ist keineswegen, wie unser Verf. meint, von allen Criminalsachen, sondern nur von geheimen, mehr in das Gebiet der Strafpolizei gehörenden Sünden und Lastern (zunächst, wie es scheint, Fleischesverbrechen) die Rede, welche für „Uebertretungen königl. Verordnungen" erklärt werden. Daß die Amtspflicht der Fiscale in Criminalsachen weiter ging, finden wir auch in anderen schwedischen Gesetzen des 17. Jahrh. nicht (s. Schmedeman's alphab. Register u. d. W. Fiscal); nur die amtliche Verfolgung der Duellsachen wurde ihnen durch das königliche Placat v. 22. Aug. 1682 § 12 und den königl. Brief v. 29. Nov. 1688 übertragen. Die übrigen eigentlichen Criminalsachen wurden mithin, wenn sie nicht Adlige betrafen, oder wenn nicht die immer seltener werdende Privatklage erhoben war, ohne Zweifel bis an den Schluß der schwedischen Periode auf dem Wege des inquisitori-

schen Processes verhandelt. Auch das vom Verf. im §. 9 — dem letzten seiner Schrift — gelieferte, höchst interessante und dankenswerthe „Fragment aus der Praxis der drei letzten schwedisch-livländischen Decennien" beweist keineswegs das Gegentheil, läßt sich vielmehr mit dem von uns gewonnenen Resultate (nach welchem übrigens der amtliche Wirkungskreis der Fiscale noch immer bedeutend genug war, wenn Criminalverbrechen davon auch meist ausgeschlossen waren) sehr wohl vereinigen. Das von dem Verf. mitgetheilte Verzeichniß der von 1678—1709 beim pernauschen Landgericht verhandelten Criminalfälle ist, wie der Verf. selbst zugiebt, nicht nur an sich unvollständig, sondern es sind auch die Angaben über die einzelnen Fälle meist sehr mangelhaft, denn in den allerwenigsten — namentlich nur in denen, wo der Verf. die Acten selbst, wie er sie „ohne irgend eine Auswahl herausgegriffen", eingesehen — ist der Gegenstand des Processes angegeben. Von accusatorisch verhandelten Fällen, denen diese Angabe nicht fehlt, haben wir nur 15 (aus 32 Jahren) gefunden, und zwar betreffen davon 4 Despectirung des Gerichts (worauf zu sehen gerade ein Hauptofficium des Fiscals war: K.-F.-I. § 3), 2 Ungehorsam gegen das Gericht (ebenso), 1 Nichtaufführung eines Deliquenten (mit dem vorigen verwandt), 1 Ehebruch, 1 Unzucht (s. oben), 1 Gewalt, 4 Mißhandlung und 1 Todschlag. Von allen diesen Fällen betrafen mithin höchstens die 5—6 letzten solche Criminalverbrechen, deren Verhandlung auf accusatorischem Wege der Regel nach dem Fiscal nicht oblag; allein gerade in vier von diesen Fällen waren Edelleute (v. Essen, v. Anrep,

v. Schwanwedel und v. Quebeck) die Inculpaten: daher die fiscalische Action gegen sie; so daß also nur zwei Fälle aus einem Zeitraum von mehr als 30 Jahren übrig bleiben, bei denen besondere Umstände die amtliche Thätigkeit des Fiscals veranlaßt haben mögen. Es gestaltet sich mithin auch das Resultat aus diesem Fragment der Praxis, so weit es sich um die Form des Processes handelt, bei genauerer Untersuchung ganz anders, als das vom Verf. gefundene. Wir bemerken nur noch, daß der Grund, weshalb dem Verf. beim zufälligen Herausgreifen aus dem Archiv so wenige inquisitorisch verhandelte Proceßacten aufgestoßen, wohl auch darin liegen mag, daß die inquisitorische Verhandlung d. Z. eine äußerst summarische war, daß ein einziges Verhör oft die Sache erledigte, daß aber eben daher in den wenigsten Fällen sich die Nothwendigkeit herausstellte, besondere Acten aus solchen Verhandlungen zu formiren, daß vielmehr die ganze Verhandlung im Protocoll des Landgerichts stehen mag. Eine vollständige Durchsicht dieser Protocolle dürfte daher zu einem sichreren Resultate führen, als ein zufälliges Herausgreifen der Acten aus dem Archiv. Muß es nicht schon sehr auffallen, daß nur in einem einzigen Jahre (1705) Diebstahlsfälle vorkommen, — die gerade inquisitorisch verhandelt wurden (S. 87), — gar kein Kindermord u. a. m.?

Unter solchen Umständen wird man denn auch leicht veranlaßt, in die Annahme des Verf. (S. 88 fg., 94 fg.), das Ueberhandnehmen des inquisitorischen Verfahrens sei durch Nachlässigkeit und Bequemlichkeit der Fiscale veranlaßt, einigen Zweifel zu setzen. Die aufgeführten Fälle

in denen der Fiscal auf inquisitorische Verhandlung anträgt (der erste betrifft Todschlag, bei den andern ist der Gegenstand nicht angegeben), liefern durchaus keinen stringenten Beweis; denn wenn der Fiscal auch gewiß zur Denunciation eines jeden ihm bekannt gewordenen Verbrechens, und dazu amtlich verpflichtet war, auf dessen gesetzliche Verhandlung zu achten, so lag darin noch keine Verpflichtung, selbst mittelst förmlichen accusatorischen Processes die Sache zu betreiben. Nur wenn der Verf. nachgewiesen hätte, — was aber nicht geschehen, — daß in solchen Processen, welche nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze (L.=G.=O., Instr. d. Fisc.) accusatorisch zu verhandeln waren, z. B. Amtsvergehen, Vergehungen gegen das Gericht, Uebertretung der königl. Stadgen rc., der Fiscal sich zurückgezogen, das Landgericht eingewilligt und inquisitorisch verhandelt hätte, nur dann könnten wir dem Verf. in seiner Beschuldigung beipflichten, gegen welche unseres Erachtens auch noch der Umstand streitet, daß nicht wohl anzunehmen ist, das Landgericht werde, bloß dem Fiscal zu Gefallen und ohne gesetzlich verpflichtet zu sein, die offenbar größere Beschwerde des inquisitorischen Verfahrens übernommen haben.

So wären wir denn mit der critischen Beleuchtung des Hauptgegenstandes der vorliegenden Schrift zum Schluß gediehen, und können in Betreff desselben unsere Meinung nicht anders als dahin aussprechen, daß der Verf. bei vollständigerer Kenntniß und gründlicherer Erfassung der Quellen, und wenn sein — sonst sehr scharfer — Blick weniger durch das überall hervorschimmernde Vorurtheil für das accusatorische Verfahren getrübt gewesen wäre,

— selbst auf andere, den unsrigen entsprechendere Resultate gekommen sein würde. Ganz anders verhält es sich mit dem zweiten Gegenstand der Abhandlung, der Competenzfrage. Hier stimmen wir im Wesentlichen mit ihm überein, und gestehen ihm gern das Verdienst zu, darüber namentlich im § 9 sehr wichtige und interessante Aufklärungen gegeben zu haben. Eine nähere Untersuchung über die Aenderungen, die in beiden Beziehungen während der russischen Beherrschungszeit vorgingen, über die Veranlassungen dazu rc., würden uns zu weit führen. Auch übergehen wir die Episode über die iura Germanorum propria ac consueta (S 68 fgg.), obwohl sie gerade einen Beweis von der einseitigen legistischen Richtung der Verf. giebt, und obgleich gerade hier Referent angegriffen wird, um so mehr mit Stillschweigen, als gerade dieser Gegenstand von einem sehr tüchtigen Critiker bereits anderweitig genügend beleuchtet ist (E. Neumann im Inland Jahrg. 1845 Nr. 19 u. 20). Dagegen können wir uns nicht enthalten, schließlich noch einige Bemerkungen über ein Paar Irrthümer des Verf. nachzutragen. Derselbe beschuldigt nämlich (S. 58) die beiden livl. Landgerichtsordnungen von den Jahren 1630 u. 1632 eines Widerspruchs gegen einander, und spricht zugleich sein Befremden darüber aus, daß diese beiden Gerichtsordnungen so sehr bald einander gefolgt seien. Ersterer Widerspruch findet aber in der That gar nicht statt und letzterer Umstand ist sehr leicht erklärlich. Die erste Landgerichtsordnung v. 1630 wurde, wie sie selbst im §. 1 ausdrücklich sagt, nur „provisionaliter, bis künftig eine gewisse Ordnung verfertigt wird", gegeben. Sie stellt also eine genauere In-

struction, welche eben 1632 erfolgte, ausdrücklich in Aussicht, und daß es deren bedurfte, ist bei der offenbaren Flüchtigkeit, mit der jene vom Jahre 1630 abgefaßt ist, augenfällig. Kommt doch über das Verfahren darin so gut wie gar nichts vor; denn daraus, daß im §. 8 bei der Bestimmung der Competenz des Landgerichts der Ausdruck gebraucht wird: „Es sollen die Landgerichte solche Sachen annehmen und vor ihrem Landgericht ventiliren lassen" — aus diesem Ausdruck „ventiliren lassen" mit unserem Verf. (S. 9) auf ausschließliche Anordnung des Anklageprocesses zu schließen, — tragen wir doch wohl mit Recht um so größeres Bedenken, als nach jenen Worten zunächst von Civilsachen, nachher erst von Criminalsachen die Rede ist, und Sprache und Stil der ganzen Verordnung von 1630 nichts weniger als musterhaft sind, daher solche auf die Spitze getriebene sprachliche Deutung unmöglich gestatten. Damit fällt aber auch aller vermeintliche Widerspruch zwischen beiden Verordnungen in Betreff der Form des Verfahrens durchaus hinweg.

IX.

Ueber die exceptio non numeratae pecuniae, besonders nach ihrer practischen Anwendbarkeit für Curland.

Von dem Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau.

So häufig der den Juristen gemachte Vorwurf, daß sie, bloß auf ihr Formelnrecht sehend, darüber das natürliche zu Grunde gehen lassen *), nur von der mangelhaften Einsicht der Tadler zeugt, welche zwar die in allen menschlichen Dingen nun einmal nicht zu vermeidenden Uebelstände im Einzelnen, namentlich wenn sie selbst grade im speciellen Falle davon betroffen werden, aufzufassen vermögend sind, nicht aber die überwiegenderen allgemeinen Vortheile: so können wir, wenn wir aufrichtig sein wollen, doch nicht leugnen, daß jener Vorwurf in vielen Be-

*) „Fiat iustitia, pereat mundus!“

ziehungen nicht ohne Grund ist. Es ist nun einmal eine Eigenthümlichkeit des Scharfsinnes, daß er in Paradoxien ausartet, und es zuletzt unter seiner Würde hält, daß das Scharfsinnige auch zweckmäßig und practisch anwendbar sei, so wie die deutsche Philosophie sich zuletzt als Selbstzweck gesetzt hat, und moderne Verfassungskünstler im Grübeln über der absolut vernünftigen Staatsform den unbedeutenden Umstand der Ausführbarkeit und Zweckmäßigkeit für einen gegebenen, vorhandenen, und nicht etwa a priori aus dem Nichts heraus zu construirenden Staat ganz aus dem Auge zu verlieren pflegen. Aehnliches finden wir bei den heutigen Lehrern des römischen Rechts, welche mit souverainer Verachtung auf die Praxis sehen, wenn diese, aus dem Leben des Rechts im Volke hervorgehend, die Zweckmäßigkeit gegenüberstellt der Spitzfindigkeit theoretischer Doctrinen. Damit wollen wir freilich nicht das Wort geredet haben einer, auf bloßem Mißverstand der Quellen und unberechtigtem Schlendrian beruhenden Praxis *), wohl aber einer solchen, die nicht etwa

*) Dahin gehört z. E. bei uns die noch so häufig versuchte Ausdehnung der Nothwendigkeit eines Geschlechtsbeistandes für Fälle, wo weder nach Landesgesetzen, noch nach deutschem Rechte von einer solchen Assistenz die Rede; ferner die noch so oft vorkommende Behauptung, eine nicht eidliche Entsagung auf das Sct. Vell. und die Auth. si qua mulier gelte nichts, während die ganze Doctrin von der Möglichkeit, gewissen im römischen Rechte reprobirten Handlungen durch hinzutretenden Eid Gültigkeit zu verleihen, lediglich auf dem canonischen Rechte beruht, und daher solche Entsagungen auf die weiblichen Gerechtsame, welche schon nach römischem Rechte zulässig sind, gar nicht durch den Eid bestärkt zu werden brauchen, so daß die eidliche Verzichtleistung nur erforderlich ist für Rechtsgeschäfte der Frau in Beziehung auf ihren Ehemann, weil diese nach römischem Rechte absolut reprobirt sind.

unnöthige Schwierigkeiten erfindet oder die schon vorhandenen erhöht, sondern den heutigen Zuständen Rechnung trägt, wenn römische Staatseinrichtungen nicht recht darauf passen wollen.

Hieher gehört z. E. die römische litterarum obligatio. Alle Rechtslehrer geben zu, daß die römische Lehre von den Litteralcontracten durch den Einfluß des deutschen Rechts und die moderne Klagbarkeit aller nicht gradezu verbotenen Verträge ihre practische Anwendbarkeit verloren habe *), während bei den Römern nur die ausdrücklich mit einer actio versehenen Verträge klagbar waren, — und dennoch finden wir die Nachwirkung der römischen litterarum obligatio noch bei manchen berühmten Rechtslehrern in einer Theorie, wo sowohl die Zweckmäßigkeit, als eine zwar weniger starre aber dafür gewiß nicht weniger logisch richtige Doctrin uns auf die Gegenseite hinüberziehen.

Bekanntlich herrscht unter den Rechtslehrern große Meinungsverschiedenheit darüber, ob, wenn die gesetzliche Frist für die exceptio oder querela non numeratae pecuniae also verstreichen, daß der Gläubiger nicht mehr verpflichtet ist, auf das bloße Vorbringen des Schuldners, es sei die Valuta nicht gezahlt, den Beweis der geschehenen Zahlung zu führen — alsdann wenigstens dem

*) Thibaut § 899: „Litteral-Contracte im alten Sinne giebt es gar nicht mehr". Stat. C rl. § 122: „Pacta ac transactiones omnes, modo non sint turpes et illicitae, aut fraudulentae, vel dolo, vi, metuve extortae, per omnia serventur, ex quibus etiam nudis promissionibus et pactis adversus violatorem pactorum et promissionum actio et exceptio dari debet ad id quod interest, pactis non satisfactum fuisse".

Schuldner verstattet sei, seinerseits den Beweis des nicht erhaltenen Geldes zu führen. Grade die scharfsinnigeren Theoretiker verneinen dies: er müsse bezahlen, nicht weil er empfangen, sondern weil er geschrieben, nicht um der Zweckmäßigkeit, sondern um der litterarum obligatio willen, und wenn Einer auch zugesteht, daß die Praxis sich auf die andere Seite neige, so sieht man ihm doch an, daß es mit großem Leidwesen geschieht, und er dabei denkt: „Schade um die schöne Theorie der litterarum obligatio"! So z. E. Göschen (Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. III. S. 299, 300):

„Nach der heutigen Praxis wird der Aussteller des Empfangscheines, wenn er die Zahlung leugnet, mehrentheils auch noch nach dem Ablauf der gesetzlichen Frist gehört, in der Art nämlich, daß ihm gestattet wird, den durch den Empfangschein geführten Beweis durch Gegenbeweis zu entkräften. Man unterscheidet daher zwischen der privilegirten und der nicht privilegirten Exceptio non numeratae pecuniae. Privilegirt nennt man die Exception, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist vorgeschützt wird, oder auch später, inwieweit man sich nämlich deren längere Dauer durch eine rechtzeitig angebrachte Beschwerde gesichert hat. Hier nun hat die Exceptio non numeratae pecuniae ganz die Wirkungen, welche ihr das römische Recht beilegt. Nicht privilegirt nennt man sie, wenn Jemand sich ihrer nach Ablauf der gesetzlichen Frist bedient, ohne zur rechten Zeit Beschwerde eingelegt zu haben: Hier wird durch die Einrede an sich der in dem Empfangsschein liegende Beweis der Zahlung nicht entkräftet; aber demjenigen,

der sich der Einrede bedient, wird es gestattet, die Wahrheit derselben darzuthun — und wenn ihm dies gelingt, so ist damit denn allerdings die Beweiskraft des Empfangscheines aufgehoben. Hieraus ergiebt sich aber von selbst, daß nach dieser Praxis die römische Litterarum obligatio wegfällt — denn wenn der Aussteller des Empfangscheins, selbst nach der gesetzlichen Frist noch, zur Führung des Gegenbeweises zugelassen wird, so hört ja damit die Wirkung des Empfangscheins, daß bloß um seinetwillen das Darlehn schlechthin als vorhanden gesetzt wird, auf".

Es ist nicht möglich, die Trauer des Theoretikers, daß eine nach seiner Ansicht ganz unberechtigte Praxis ihm sein schönes Lehrgebäude so schnöde über den Haufen wirft, naiver auszudrücken, als es hier Göschen thut, vor dem wir übrigens ganz gehörigen Respect haben. „Diese widerwärtige Praxis! sie erlaubt, daß das wirklich Vorhandene, das eigentliche thatsächliche Recht, geltend gemacht und das formelle beseitiget werde"! Und es ist bemerkenswerth, wie die Trauer hierüber sofort in die Kunstausdrücke einer eben so unpractischen Schulphilosophie hinüberschlägt. „Dieser widerwärtige Gegenbeweis stellt zwar das wirkliche Recht her, er beweiset was in Wahrheit geschehen ist und vernichtet einen betrüglichen Anspruch, aber" — — „„es hört ja damit die Wirkung des Empfangscheins, daß bloß um seinetwillen das Darlehn **schlechthin als vorhanden gesetzt wird,** auf". Natürlich: die durch den zuzulassenden Ge-

genbeweis hergestellte Wahrheit kommt der Theorie gegenüber gar nicht in Betracht, viel wichtiger ist ja, daß bloß um des Empfangscheins willen „das Darlehn schlechthin als vorhanden gesetzt wird", nicht das Recht und die Wahrheit, sondern die gesetzliche Fiction ist die Hauptsache *).

Glücklicherweise lassen sich aber gegen eine solche Auffassung sehr erhebliche Gründe auch von Seiten der Theorie und nicht bloß aus dem Standpuncte der Berechtigung der Praxis, Gesetze durch Gewohnheit aufzuheben, finden. Wollen wir sogar von den zwar allgemeinen, aber doch gesetzlichen Grundsätzen abstrahiren, daß es auf das wirklich Geschehene mehr als auf das Geschriebene ankomme:

L. 1 Cod. 4. 22: „In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet",

so wie von der ganzen römisch-rechtlichen Theorie der actio und exceptio doli, als einer Aushülfe gegen die Strenge des positiven Rechts zur Verhütung dessen, daß das summum ius zur summa iniuria werde *), wie denn auch namhafte Rechtslehrer grade auf die actio doli sich beziehen und mittelst derselben die Verstattung des Ge-

---

*) „Alles dies
„Erleid' ich schuldlos, doch bei Ehren bleiben
„Die Orakel und gerettet sind die Götter".
Schiller, Braut von Messina.

**) L. 3 § 4 D. de dolo malo, 4. 3. „— — ait praetor, si de his rebus alia actio non erit." L. 7 pr. D. eod. „Et eleganter Pomponius haec verba „si alia actio non sit", sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit".

genbeweises, nach Ablauf der Zeitfrist für die privilegirte exceptio, verwirklicht wissen wollen, —

Weber, Beiträge zu Klagen und Einreden. St. 1. Nr. 9. Mackeldey. 8te Aufl. § 415,

so ist es immer noch sehr die Frage, ob die Gesetzstellen, auf welche die entgegenstehende Meinung sich beruft, auch wirklich jenes strenge Verbot enthalten, oder ob sie nicht wenigstens nach heutigem Rechte schon aus dem Grunde unanwendbar sind, weil die litterarum obligatio, das eigentliche Fundament der absoluten Beweiskraft einer Schrift nach Ablauf jener gesetzlichen Exceptionsfrist, ohnehin weggefallen ist. So z. E. belegt Bucher, in seinem Recht der Forderungen S. 328, seinen Ausspruch:

„Hat aber der klagende Gläubiger den Schuldschein zwei Jahre lang ungestört und im guten Glauben *) besessen, so beweist nun derselbe, nach dem Ablauf dieser Zeit, den Grund der Klage so stark, daß der Schuldner keinen directen Gegenbeweis des nicht erhaltenen Darlehns dagegen mehr führen kann",

durch die L. 14 pr. Cod. 4. 30: „In contractibus, in quibus pecuniae, vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea

*) Das scheint wieder eine Concession für das bekannte cap. ult. X de praescr. 2 26. zu sein. (s. Thibaut § 899 a. E. *). Nach römischem Rechte ist aber hier von gutem Glauben gar nicht die Rede, und die durchgängige Verforderung der bona fides (bei allen Verjährungen z. E.) läßt sich auch nach canonischem Rechte nicht durchführen, so wenig geleugnet werden kann, daß nach demselben keine Verjährung hinsichtlich einer wirklich besessenen fremden Sache (im engeren Sinne) ohne bona fides gilt. Vgl. § 152. Stat. Curl.

constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obiicere possit, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum; ut eo elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit".

Nichtsdestoweniger enthalten aber die entscheidenden Worte gar nicht dasjenige Verbot, wofür sie als Beleg citirt werden, so sehr es scheinen könnte, daß das „nullo modo" jeden Beweis der nicht geschehenen Zahlung durchweg ausschließe, — sondern offenbar nichts mehr, als eine Erklärung der vorhergegangenen Verordnung, daß das frühere quinquennium für den Rechtsbehelf des nicht empfangenen Geldes in ein biennium continuum verwandelt worden, und eine Recapitulation des Inhalts, daß nach Verlauf von zwei Jahren dieser Rechtsbehelf aufhöre, obgleich er früher fünf Jahre dauerte *). Der Ausdruck „querela non numeratae pecuniae" weiset aber deutlich genug darauf hin, daß hier die technische Bezeichnung (die Querel oder Exception mit der Wirkung, daß nun der Gläubiger die seinerseitige Zahlung des Geldes beweisen müsse) gemeint, und nach 2 Jahren also dieser Rechtsbehelf ausgeschlossen sei; die gewöhnliche, schon nach den allgemeinen Gesetzen bestehende Befugniß, den Beweis darüber zu führen, daß ein geschriebenes Ein-

*) Dies ergiebt sich auch sehr klar aus dem von Bucher weggelassenen Schluß derselben lex: „his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum (licet biennium pro quinquennio statutum est) eodem auxilio potituris".

bekenntniß nicht mit der Wahrheit, dem thatsächlichen Verhalte, übereinstimme, ist also dadurch keineswegs beseitiget. Eine andere Frage ist freilich, ob solcher Beweis in demselben Processe zu führen, ja ob das Erbieten dazu oder die wirkliche Beweisantretung die Nothwendigkeit sofortiger Bezahlung der im Instrumente ausgedrückten Summe zu beseitigen im Stande sei. Solches glauben wir verneinen zu können: die Gesetze verpflichten ausdrücklich den Aussteller einer Schuldschrift nach Verfluß der für die exc. non num. pec. angesetzten Zeit zur Zahlung (L. 8 in fine Cod. 4. 30. „Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo haeres eius, etiam si pupillus sit, debitum solvere compellitur"), und gestatten gegen die Klage sogar nicht die Eideszuschiebung (L. 14 § 3 ibidem: „Illo videlicet semper observando, ut ii, quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat). Doch rechtfertiget sich dies einerseits schon aus der Unzulässigkeit der gleichzeitigen Behandlung einer erst durch Beweis gegen das liquide Document herzustellenden, einstweilen also noch illiquide Einrede, und andererseits schließt die Nothwendigkeit der Bezahlung noch gar nicht die Möglichkeit der Zurückforderung des Gezahlten in processu ordinario, wo alle überhaupt erlaubte Beweismittel zulässig, aus.

Diese Gründe leiten und bestimmen diejenigen Rechtslehrer, welche auch „post elapsum tempus" einen vom Schuldner zu liefernden Gegenbeweis, oder was offenbar richtiger, die Rückforderung des indebite Gezahlten auf

dem Wege besonderer Klage zulassen. Indem wir daher nur noch erwähnen, daß, wenn intra biennium der Gläubiger auf die bloße Negation des Schuldners beweisen muß, pecuniam solutam esse, der logische Gegensatz offenbar nicht darin besteht, daß post biennium gar kein Beweis, noch sonst ein Rechtsmittel mehr zulässig sei, sondern daß nunmehr, nach Ablauf des Privilegii, wieder die gewöhnlichen Beweisregeln eintreten, mithin der Schuldner, wenn er kein Geld empfangen zu haben behauptet, solches beweisen muß, — und ferner anführen, daß wir zwar nicht sehr überzeugt sind von der Zweckmäßigkeit eines Gesetzes, welches um der Möglichkeit willen, daß ein Unvorsichtiger eine Schuldschrift oder eine Quittung ausstellt, ohne das Geld empfangen zu haben, keine Rücksicht auf die unendlich häufigeren Fälle nimmt, wo das Geld wirklich gezahlt worden, und der Zahler daher durch einen betrügerischen Empfänger benachtheiliget werden würde, wenn dieser von der gesetzlichen Frist Gebrauch macht und die Zahlung ableugnet, woraus aber andererseits noch gar nicht folgt, daß es zweckmäßig sei, nach Ablauf der 2 Jahre (oder der 30 Tage für eine Quittung, L. 14 § 2 Cod. de non num. pecunia) den Gegenbeweis dem Schuldner abzuschneiden,

können wir uns jetzt zur Besprechung der speciell curländischen Rechtsquellen wenden, in denen wir für die von uns vertheidigte Praxis *) eine ausdrückliche, den Streit entscheidende Bestimmung finden.

---

*) **Hofacker.** principia iuris civilis Romano-Germanici, erkennt zwar diese Praxis als eine bestehende an, kann sich aber doch nicht enthalten, einen schmerzlichen Seitenblick auf die fast ganz

Die curländischen Statuten gedenken zwar im Allgemeinen der exc. non num. pec. im §. 140:

„Si pecunia quoque promissa nec numerata fuerit a creditore, omnis repetitio cessat, quae exceptio intra annum est oppenenda, si modo opponi poterit".

Es ließe sich aber aus diesem § nicht einmal darthun, daß diese Einrede, wenn sie in einem Jahre (hierin abweichend von dem römischen biennium) entgegengesetzt worden, die Beweislast auf den Gläubiger schiebe. Indessen könnte man dies in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte wohl annehmen, wenn wir auch nicht noch eine besondere, freilich nur der Praxis angehörende, doch aber hinsichtlich der Kraft einem geschriebenen Gesetze gleichgestellte Rechtsquelle hierfür hätten, die denn zugleich dem oben erörterten theoretischen Streite für Curland ein Ende macht. Es heißt nämlich im Instructorium des curl. Processes, Thl. II. C. I. de processu executivo contra Nobiles et Landsassios, § 18:

„Es müssen aber solche Einwendungen sofort per instrumenta und documenta et protocolla bewiesen werden, außer der exceptio non numeratae pecuniae, weil, wenn selbige intra annum opponirt wird, der Creditor pecuniam vere esse solutam beweisen

---

beseitigte Natur des chirographarischen Contracts zu thun: § 2048. „Sed praxis, contractus chirographarii natura paene destructa, post lapsum biennii adhuc admittit exceptionem non numeratae pecuniae, dummodo reus conventus probaverit, numerationem pecuniae ab actore sibi nondum factam fuisse, ex quo prodiit distinctio exceptionis non num. pec. in privilegiatam et non privilegiatam".

muß. Anders aber verhält es sich de iure Germanico, wenn post biennium der Debitor solche Exception opponirt, indem sie alsdann, wenn sie nicht intra biennium opponirt worden, von dem Debitor selbst bewiesen werden muß".

Hier finden wir also — neben der Anerkennung, daß die statutarische innerhalb eines Jahres vorgeschützte Einrede des nicht empfangenen Geldes die Beweislast auf den Gläubiger wälzt, — die Adoption der gemeinrechtlichen (de iure Germanico) Praxis, daß nach Ablauf der für die privilegirte Einrede festgesetzten Frist zwar nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner die Beweislast obliegt, diesem letzteren aber alsdann das Recht, seine Einrede zu beweisen, auch nicht abgeschnitten ist. Hiebei wäre denn nur noch zu bemerken, daß das Instructorium des biennii de iure Germanico zwar gedenkt, nichtsdestoweniger aber die nach diesem Zeitraume gemeinrechtlich sich ergebenden Folgen in Curland schon nach einem Jahr (für Quittungen übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte nach 30 Tagen) eintreten, und daß endlich die Schlußworte des §. 140 der Stat. „si modo opponi poterit" nicht etwa darauf geben, daß die Einrede durch Anstellung der Klage bedingt, also wenn die Klage nach länger als einem Jahre angestellt würde, auch dann noch mit derselben Wirkung zulässig ist, sondern nur bedeuten können, daß, wenn innerhalb eines Jahres keine solche Möglichkeit sich bietet, die Einrede in gerichtlichem Processe gegen eine förmliche Klage zu opponiren, jedenfalls in derselben Frist diejenigen Maßregeln zu treffen sind *), welche eben die Un-

*) Exceptionen, welche auf dem Wege der Klage hätten geltend

möglichkeit der entgegenzusetzenden processualischen Einrede im Auge haben und derselben abhelfen.

L. 14 § 4 Cod. de non num. pec. 4, 30: „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel denunciationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est: vel si abesse eum his locis, in quibus contractus factus est, contigerit, in hac quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium iudicem, in provinciis vero apud viros clarissimos rectores earum, vel defensores locorum eandem querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. Sed si etc.“

Wir erhalten sonach folgende Bestimmungen für die curländische Praxis:

Die exceptio non numeratae pecuniae, mit der Wirkung, daß der Gläubiger alsdann beweisen muß, pecuniam vere esse solutam, dauert ein Jahr, ebenso muß derjenige, welcher eine Quittung, die noch nicht 30 Tage alt ist, zum Beweise geschehener Zahlung vorbringt, auf die Einrede des Empfängers der Quittung, unabhängig von derselben beweisen, daß er wirklich gezahlt habe.

Nach einem Jahre beim chirographum, nach 30 Tagen bei der apocha, fällt zwar diese privilegirte Einrede weg, es steht jedoch demjenigen, welcher von derselben nicht

gemacht werden können, verjähren wie diese. Oberhofgerichtliches Urtheil in der v. Koschkull=Tergeln'schen Concurssache vom 16. 17. December 1831.

intra praescriptum tempus Gebrauch gemacht, frei, den Beweis, daß unerachtet der Schuldschrift und der Quittung in Wahrheit kein Geld oder nicht die ganze Summe gezahlt worden, durch alle gesetzlich erlaubte Beweismittel seinerseits zu liefern. Nichtsdestoweniger bleibt, bis solches geschehen und rechtskräftig als gelungen anerkannt worden, die Beweiskraft der Urkunde bestehen, es muß daher dieselbe sogar zur Execution gestellt und die Einrede sammt deren Beweis ad separatum processum verwiesen werden, was namentlich für den Fall des Executivprocesses gilt, in welchem ohnehin weder Eidesdelation noch Zeugenbeweis zulässig *).

Wer sich gegen den Ablauf des Jahres oder resp. der 30 Tage seine Einrede sichern will, hat dieselbe in geeigneter Art, z. E. durch die provocatio ex lege si contendat, oder durch gerichtliche Manifestation, Protestation u. dgl. zu conserviren, was in der Regel bei uns derartig geschieht, daß man coram notario oder secretario primae instantiae, resp. vor dem competenten Stadtsecretären, protestirt, und die Protestation dem Gegner, wenn er innerhalb Curlands sich aufhält, insinuiren läßt. Sonst dürfte wohl nur ein Gesuch bei dem, ratione des gegen die Beweiskraft der Urkunde Protestirenden, competenten Richter genügen.

*) Instructorium P. II. cap. I. § 18: „Die Ursache, warum Debitor seine Behelfe sofort per instrumenta etc verificiren muß, beruht nicht nur darauf, daß nudae assertiones in processu executivo nichts operiren, und weder probatio per testes noch per de- et relationem iuramenti stattfindet, sondern auch weil die Stat. § 186 ausdrücklich sagen: „Debitum quoque liquidi compensatione tollitur, eius autem, de quo nondum liquet, quid quantumque debeatur, compensatio admittenda non est".

X.

Zur Lehre von den juristischen Personen.

Von

Dr. C. O. v. Madai.

Der in unserer Zeit so mächtig wirkende Associationsgeist, der in Vereinen aller Art sich kund giebt, hat der gemeinrechtlichen Lehre von den juristischen Personen eine erhöhte Bedeutsamkeit gegeben. Denn, wenn man auch anerkennen muß, daß die für juristische Personen geltenden Rechtsgrundsätze nicht ohne Weiteres auf das, was wir im gewöhnlichen Leben „Vereine" nennen, angewendet werden können, so üben doch jene Rechtsgrundsätze einen stillschweigenden Einfluß aus, der sich namentlich da bemerklich macht, wo man, beim Mangel anderweitiger Entscheidungsgründe, nach Analogieen zu entscheiden sich genöthigt sieht. Ob mit Recht oder Unrecht, möge hier zuvörderst dahingestellt sein. Der gebildete Jurist wird sich stets des scharfen Unterschiedes, der zwischen gewöhnlichen Vereinen und juristischen Personen obwaltet, bewußt und dadurch vor eigentlichen Mißgriffen bewahrt sein: um so nothwendiger ist aber scharfe Erkenntniß der für juristische Personen geltenden Rechtsbeziehungen und Rechtsgrundsätze. — Ohne Zweifel haben in dieser Hinsicht die Untersuchungen v. Savigny's im zweiten Bande seines Sy-

stems des Civilrechts des Anerkennungswerthen und Trefflichen viel geleistet. Indeß dürfen doch die Resultate, zu denen er gelangt, nicht in allen Punkten als unzweifelhaft betrachtet werden. Gegen manche derselben ist bereis von andern Seiten Widerspruch erhoben worden: auf andere meines Wissens bisher noch nicht gerügte Punkte soll in den nachstehenden Erörterungen aufmerksam gemacht werden. Es ist indeß nicht mein Zweck, eine eigentliche Critik der Savigny'schen Ausführungen zu liefern, vielmehr eine Reihe wichtigerer Rechtsfragen aus der Lehre von den juristischen Personen zu besprechen.

I.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, das römische Recht fordere zu gültiger Beschlußnahme einer Corporation, daß von den sämmtlichen Mitgliedern derselben wenigstens zwei Drittheile sich zur Versammlung eingefunden, und unter diesen die absolute Mehrheit sich einhellig ausgesprochen habe *). — Man beruft sich dafür hauptsächlich auf L. 2 u. 3 D. de decretis ab ordine faciendis (50, 9); L. 3 u. 4 D. quod cuiuscunque civitatis (3, 4), L. 2 u. 46 C. de decurionibus (10, 31). — Kierulff giebt a. a. O. dabei zu, daß diese Stellen wörtlich nur von civitates (?) und dem ordo decurionum sprechen, allein er meint, es sei sehr klar, daß eben die vorliegende Bestimmung durchaus nicht aus einer jenen Corporationen eigenthümlichen Natur geflossen sei: der für alle universitatas gleich geltende Gedanke der Gesetzgebung sei,

---

*) Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand.-R. 4te Aufl. § 197. Kierulff, Theorie d. gemeinen Civilrechts S. 139.

daß, um die juristische Person der universitas als handelnd darzustellen, wenigstens eine solche Anzahl von Mitgliedern sich einfinden müsse, welche effectiv den Willen aller auszudrücken vermöge. Uebrigens sei auch die Ansicht der justinianeischen Gesetzgebung klar genug dadurch indicirt, daß die fragliche Bestimmung in den generellen Pandectentitel „quod cuiuscunque civitatis nomine“, aufgenommen sei.

Ich muß zuvörderst bestreiten, daß die obigen Bestimmungen des römischen Rechts über Beschlüsse des Decurionenstandes — denn nur von diesem handeln die citirten Stellen, selbst die L. 3 D. quod cuiuscunque, so weit sie unsere Bestimmung enthält, so daß man also nicht sagen darf, es gelte dieselbe für alle civitates — „keineswegs mit der besonderen Natur dieser Corporationen zusammenhängen“, daß also an ihnen „kein Merkmal nachweisbar sei, dessen juristischer Grund in der Eigenthümlichkeit der Curien und Municipien zu suchen sei“. — Der Decurionenstand ist in der Zeit, aus welcher jene Gesetze sich herschreiben, bereits ein reiner (städtischer) Beamtenstand *), betraut mit der Wahrnehmung mancherlei städtischer, namentlich Verwaltungsgeschäfte. Er bildet unter dem Namen ordo, auch wohl curia, den städtischen Magistrat. Versammlungen, zu denen sich einzufinden weniger das eigene Interesse, als vielmehr die Amtspflicht treibt, haben zu allen Zeiten das Schicksal nicht eben zu zahlreichen Besuches, vielmehr immer mit der Neigung des Einzelnen, sich ihnen, als einer lästigen, ja wohl Ver-

*) v. Savigny, Geschichte d. röm. R. i. M. Bd. I. § 37.

antwortlichkeit aufbürdenden Pflicht, zu entziehen, zu kämpfen gehabt. Die daraus für das öffentliche Wohl entspringende Gefahr, wenn in unzureichender Versammlung Beschlüsse zu Stande kämen, mußte die Gesetzgebung veranlassen, einzuschreiten, und eine bestimmte, gleichsam äußerste Gränze festzustellen, unter welche die Anzahl der Versammelten, um beschlußfähig zu sein, nicht sollte herabsinken dürfen. — Einer solchen Bestimmung — wohl zu beachten für den Decurionenstand — erwähnt Ulpian in der

L. 3 D. de decretis ab ordine fac. (50, 9): „Lege autem municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis“,

und daran knüpft sich von selbst die Wirkung, daß

L. 2 D. eod. „Illa decreta, quae non legitimo numero decurionum coacto, facta sunt, non valent“. —

Eben dieselbe Bestimmung wird dann nur in den übrigen Gesetzen wiederholt, namentlich in

L. 46 C. de decurionibus (10, 31): „— — — — si omnes, qui albo curiae detinentur, adesse non possunt, ne paucorum absentia, seu necessaria seu fortuita, debilitet, quod a maiore parte ordinis salubriter fuerit constitutum; cum duae partes ordinis in urbe positae, totius curiae instar exhibeant“. —

Sind wir nun berechtigt, diese durch die römische Städteordnung (lege municipali cavetur, sagt Ulpian) für den Beamtenstand der Decurionen erlassene Bestimmung, ohne Weiteres auf alle und jede Art der universitates perronarum zu übertragen? Liegt bei allen übrigen Personenvereinen Grund zu gleicher Besorgniß, ja

auch gleiche Gefahr der Vernachlässigung der Zusammenkünfte vor? Ist es nicht dort vorzugsweise die Rücksicht auf das bedrohte öffentliche (städtische) Interesse, was die Gesetzgebung mit einer beschränkenden Bestimmung einzuschreiten bewog? Und ist es endlich reiner Zufall, daß in der so umfangreichen Compilation Justinian's, die so vielfach der juristischen Personen gedenkt, auch nicht eine einzige Stelle sich findet, in welcher das Erforderniß der Anwesenheit von mindestens zwei Drittheilen der Mitglieder für eine andere Corporation, als den ordo decurionum ausgesprochen wurde? Doch dies führt uns unmittelbar zu der ferneren Behauptung Kierulff's über, es habe jene Norm für den Decurionenstand, durch ihre Aufnahme in den generellen Titel „quod cuiuscunque civitatis nomine" eine durchaus verallgemeinerte Bedeutung und Geltung erhalten.

Wir lesen in:

> L. 3 D. quod cuiuscunque civitatis (3, 4): „Nulli permittetur nomine civitatis vel curiae experiri: nisi ei cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit, cum duae partes adessent aut amplius quam duae".

Das Gesetz handelt von der Bestellung eines Stellvertreters vor Gericht, m. a. W. eines Syndicus (nulli permittetur nomine civitatis vel curiae experiri). — Man könnte nun zunächst geneigt sein, den in dem Gesetz angegebenen Wahl- oder Bestellungsmodus auf diesen Fall zu beschränken, m. a. W. behaupten, es liege darin eine Singularität, die auf Beschlußnahmen anderer Art keine Anwendung erleide. Denn die Bestellung eines Syndi-

cus, dem die Wahrnahme der Gerechtsame der gesammten Corporation anvertraut werde, sei ein zu wichtiger Act, als daß die Gesetzgebung hier nicht mit besonderer Sorgfalt die Beobachtung bestimmter Wahlsolennitäten vorgeschrieben haben sollte. — Und in dieser Weise ist in der That häufig argumentirt worden. — Auch v. Savigny *) ist der Meinung, daß lediglich auf diesen Fall sich die practische Anwendbarkeit der L. 3 D. cit. beschränke. — Ich halte diese Argumentation für verfehlt. Ich vermag nicht einzusehen, daß die Bestellung eines Syndicus ein wichtigerer Act sei, als z. B. ein Beschluß der Corporation, wodurch dieselbe die Veräußerung eines Theils ihres Vermögens, eine Abänderung ihrer Statuten u. s. f. beschließt. Weshalb also sollte hier eine leichtere, minder solenne Form der Beschlußnahme stattbaft sein, als sie dort gefordert wird? — Aber ich bin der Meinung, daß die L. 3 cit. für uns überhaupt gar keine verbindende Kraft hat.

Erwägen wir genau den Inhalt des Gesetzes, so sagt dasselbe: als Syndicus einer städtischen Gemeinde, oder der Curie, soll nur auftreten dürfen, wen, sei es das Gesetz (ein für alle mal) dazu berufen hat, sei es „lege cessante, ordo dedit“. Was aber heißt hier „ordo“? Etwa die Gesammtheit der Gemeindemitglieder? Mit nichten. Es ist der ordo decurionum. Da aber der ordo decurionum nur beschlußfähig ist, wenn $\frac{2}{3}$ seiner Mitglieder versammelt sind (arg. L. 3 D. de decretis ab ordine), so fügt das Gesetz sehr natürlich hinzu: „cum

*) v. Savigny's System. II § 97 S. 337.

duae partes adessent, aut amplius quam duae". — Ja, daß mit diesem ordo in der That nur der städtische Magistrat gemeint sein könne, geht mit Evidenz hervor aus den Worten der sich unmittelbar anreihenden

L. 4 D. cit. „Plane ut duae partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernent, numerari potest".

Dies aber in's Auge gefaßt, kann es nur baare Willkür genannt werden, wenn man jenes „cum duae partes adessent aut amplius", m. a. W. die bekannte für den ordo decurionum geltende Bestimmung, auch auf solche Fälle übertragen will, wo die Wahl eines Syndicus nicht von dem ordo decurionum, sondern einer andern Corporation, ja der gesammten städtischen oder etwa Dorfgemeinde selbst ausgeht.

Der Sinn des Gesetzes ist demnach m. E. dieser: der Syndicus einer städtischen Gemeinde kann entweder bestellt werden durch das Gesetz (d. h. auf statutenmäßigem Wege), oder, wo es an derartigen Bestimmungen fehlt (lege cessante), durch den ordo decurionum. Im letztern Falle aber müssen, da der ordo decurionum überhaupt nur beschlußfähig ist, wenn mindestens ⅔ seiner Mitglieder versammelt sind, bei der Bestellung des Syndicus auch wenigstens ⅔ der Mitglieder des Decurionenstandes zugegen gewesen sein. Uebrigens kann der Gewählte, ist er selbst Decurio, mitgezählt werden, um die erforderliche Zweidrittelzahl vollzählig zu machen.

Da nun diese letztere Bestimmung ein Stück der für uns unbrauchbar gewordenen römischen Städteverfassung ist, wir keinen ordo decurionum mehr haben, so ist

der Theil jenes Gesetzes, der von der Bestellung des Syndicus durch den ordo decurionum handelt, mithin auch der Schlußsatz „cum duae partes adessent, aut amplius quam duae“ völlig antiquirt.

Dies aber zugegeben, fällt die Behauptung Kierulff's, durch Aufnahme der Bestimmung über dies „cum duae partes adessent“ in die justinianeische Compilation und zwar in den generellen Titel „quod cuiuscunque civitatis nomine“ habe dieselbe durchaus allgemeine Geltung für jede Art von Corporationen gewonnen, haltlos zusammen.

Wenn solchemnach die Lehre, welche für die Beschlußfähigkeit jeder universitas personarum Anwesenheit von mindestens zwei Drittheilen ihrer Mitglieder fordert, aller gesetzlichen Begründung ermangelt, so entsteht die weitere Frage: was verlangt denn das römische Recht wirklich zur Fassung eines gültigen Gemeindebeschlusses?

Ich antworte darauf: einfach Stimmenmehrheit.

Von Bedeutung erscheint mir zunächst, daß dieses Princip, als ein durchaus allgemeines, für alle Fälle gleich geltendes, ausgesprochen wird in dem — allgemeine Grundwahrheiten enthaltenden Titel de regulis iuris. — Wir lesen daselbst:

> L. 160 § 1 D. — (Ulp.) „Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem“.

Dieses „publice fit“ deutet sehr bestimmt darauf hin, daß Ulpian Willenserklärungen einer res publica, Gemeinde, civitas etc., wenn nicht ausschließlich, so doch jedenfalls mit vor Augen hatte. Und gleichwohl hier, wo es darauf ankam, ein Grundgesetz auszusprechen, keine, wenn auch

noch so leise Andeutung der angeblich allgemeinen, gewiß nicht unwesentlichen Modification, daß mindestens „duae partes“ der Mitglieder der civitas zugegen gewesen sein müssen.

v. Savigny erkennt zwar an, daß die L. 160 § 1 D. cit. „die Kraft der Stimmenmehrheit als ein abstractes Princip für alle denkbaren Fälle auszusprechen scheine“, fügt aber hinzu: „wenngleich der ursprüngliche Zusammenhang der Stelle vielleicht keinen Zweifel darüber lassen mochte, daß dem Verfasser nur irgend eine einzelne Anwendung vor Augen stand“. — Dieser Zusatz, so wie das „auszusprechen scheine“, führt unwillkürlich zu der Vermuthung, daß auch v. Savigny geneigt sei, der L. 160 § 1 D. cit. nicht die allgemeine Geltung beizulegen, die ich derselben gegeben habe. Indessen in welchem Zusammenhange Ulpian jenen Ausspruch gethan, ob ihm dabei wirklich nur eine einzelne Anwendung vor Augen stand, oder nicht, ist meines Erachtens für uns völlig gleichgültig. Die Compilatoren haben durch die Aufnahme jenes Ausspruchs in den Titel de regulis iuris demselben die Kraft einer allgemeinen Rechtsregel gegeben, und das nur ist es, was ich behaupte.

Es ist das Princip der Stimmenmehrheit auch das allein aus der Natur der Sache als vernünftig und angemessen sich rechtfertigende. Auch der Willensbeschluß des einzelnen Menschen geht aus einem Abwägen der Gründe für und wider hervor, die wir uns eben so wohl als verschiedene Stimmen denken können. Der Entschluß fällt auf die Seite der überwiegenden Gründe, und was ist das anderes, als das Princip der Majorität, nur daß wir

uns dabei die einzelnen Erwägungen, die in der Werkstatt des Geistes vollzogen werden, personificirt zu denken haben. Wie sehr dabei oft nur eine einzelne Stimme, diese oder jene Rücksicht mehr, die auf die Seite der neuen Gründe tritt, den Ausschlag gebe, hat wohl jedweder an sich erfahren. Warum also sollte es bei Beschlußnahme von Corporationen anders sein, deren Mitglieder gleichsam die einzelnen Gedanken sind, aus denen der Wille der ideellen Person allendlich hervorgeht.

Endlich aber läßt, wie ich glaube, auch der directe Beweis sich führen, daß das römische Recht — abgesehen von den Fällen, wo die Decurionenversammlung in's Spiel kommt — lediglich Stimmenmehrheit für die Beschließungen von Corporationen verlangt, ohne des Erfordernisses der Anwesenheit von ⅔ ihrer Mitglieder zu erwähnen. — Wir besitzen eine Verordnung der Kaiser Theodosius und Arcadius, daß in den Versammlungen der Provincialen, sofern es um Beschlußnahmen des öffentlichen Rechts sich handle, einfach Stimmenmehrheit entscheiden solle *). Eben so soll, nach einer ausdrücklichen Bestimmung Justinian's, die Constituirung einer Emphyteusis an Grundstücken eines oratorium (Bethaus) abhängig sein von der Stimmenmehrheit der daran fungirenden Geistlichen und des oeconomus, vorausgesetzt, daß ihnen die Verwaltung des Vermögens zusteht **). Soll nun

*) L. 5 C. de legationibus (10, 63): „— — In loco autem publico de communi utilitate (provincialium) sententia proferatur, atque id, quod maioris partis probaverit adsensus, solennis firmet auctoritas".

**) Nov. 122 C. 6 § 2: „— Si quidem venerabilia ora-

etwa hier überall als ein selbstverständliches Requisit stillschweigend hinzugedacht werden: „cum duae partes adessent, aut amplius“ —? Wohl möchte man geneigt sein, so phantasiereicher Behandlung der Quellen als Warnungszeichen den übereinstimmenden Ausspruch **Ulpian's** und **Julian's** entgegenzuhalten: „natura cavillationis, quam Graeci σωρίτην, id est acervalem syllogismum, appellaverunt, haec est, ut ab evidenter veris, per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, quae evidenter falsa sunt, perducatur“.

Wenn nun aber allein Stimmenmehrheit es ist, die den Willen der juristischen Person bildet, so fragt sich weiter, ob **aller** Mitglieder, oder nur der zur Beschlußnahme Versammelten?

Will man nicht auch bei Entscheidung dieser Frage den für Decurionenversammlungen und deren Beschlußnahmen geltenden Bestimmungen in durchaus ungebührlicher Weise verallgemeinerte Geltung beilegen, so muß man zugeben, es fehle an einer directen Entscheidung jener Frage in unsern Quellen. Das „quod publice fit per maiorem partem“ in der L. 160 § 1 D. de regulis iuris läßt es dahingestellt, ob Mehrzahl **aller** Mitglieder überhaupt, oder nur der **jedesmal Versammelten** gemeint sei.

Gewöhnlich begegnet man hier folgendem Raisonnement. Die aus der — versteht sich in gehöriger Weise angekündigten — Versammlung Ausbleibenden, sind als

---

toria esse contigerit, cum voluntate maioris partis ibidem ordinantium clericorum nec non oeconomi . . . licentiam habeant . . . emphyteusin facere“.

Verzichtleistende zu betrachten. Durch ihr Wegbleiben haben sie ihres Stimmrechts sich begeben: sich stillschweigend mit dem ohne ihr Mitwirken zu Stande kommenden Beschluß im Voraus einverstanden erklärt. — Ich kann — abgesehen natürlich von dem Fall, da die Statuten einer universitas personarum Bestimmungen ausdrücklich enthalten — das obige Raisonnement nicht als richtig anerkennen. Dasselbe beruht auf Präsumtionen, die weder als praesumtiones iuris noch als sog. praesumtiones facti s. hominis gelten können. — Weder stellt das Gesetz im allgemeinen Präsumtionen, wie die obigen, auf, noch beruhen dieselben auf sichern und untrüglichen Verstandesschlüssen. Man erwäge die Zeiten politischer Aufregung. Hier können auch Corporationen in die Lage kommen, Beschlüsse fassen zu müssen, an denen sich zu betheiligen, dem einzelnen, ängstlicher gesinnten Individuum gefährlich scheint, oder auch Rücksichten anderer Art können das einzelne Mitglied bestimmen, an der Berathung nicht Theil zu nehmen. Liegt nun darin etwa eine stillschweigende Einwilligung in das Resultat der Abstimmung? Leicht möglich, daß dieses durchaus den Ansichten und Willensmeinungen des Ausgebliebenen widerspricht. Es könnte so das widersinnige Resultat eintreten, daß als Willensmeinung einer universitas die der Ausdruck übereinstimmenden Wollens der Mehrzahl sein, per maiorem partem gefunden werden soll, ein Beschluß aufträte, der in der That von einer sehr geringen Anzahl der Mitglieder gefaßt worden. Nicht minder bedenklich erscheint die Präsumtion eines stillschweigenden Verzichtes, der in dem Ausbleiben von der Versammlung liege. Denn die Zulässigkeit

solcher Präsumtion würde vor allen Dingen die Statthaftigkeit eines Verzichtleistens voraussetzen. Wohl aber kann man an dieser Statthaftigkeit zweifeln. Es sind nicht iura singulorum, um die es sich handelt, der Wille einer juristischen Person ist von dem der einzelnen Mitglieder streng zu unterscheiden.

Solchemnach kann ich die Meinung, welche zu gültiger Beschlußnahme einer Corporation nur Uebereinstimmung der Mehrzahl der grade versammelten Mitglieder fordert, nicht theilen. Es bedarf vielmehr dazu, meines Erachtens, daß für eine Ansicht die Mehrzahl sämmtlicher Mitglieder, d. h. jedenfalls wenigstens eine Stimme mehr, als die Hälfte der Corporationsgenossen, sich ausspricht. Diese eine Stimme ist dann gleichsam das plus der Motive für und wider, welches der Entscheidung nach der einen Seite hin den Ausschlag giebt. — Auf diese Weise ist zugleich von selbst der Gefahr vorgebeugt, daß je eine Minderzahl tyrannische Macht übe. Ein Beschluß, von der Hälfte oder gar weniger als die Hälfte der Mitglieder gefaßt, würde niemals als ein Corporationsbeschluß, als Wille der ideellen Person der universitas, gelten können. Es ist eine ähnliche Schranke der Beschlußfähigkeit versammelter Corporationsmitglieder, wie die „duae partes" der Decurionenversammlung; aber eine Schranke nicht aus willkürlicher Satzung — denn statt der geforderten $\frac{2}{3}$ hätte eben so gut jeder andere Bruchtheil, etwa $\frac{3}{4}$, $\frac{5}{8}$ u. s. f. positiv normirt werden können — sondern eine Schranke, die aus dem Begriff der Majorität, als der die Hälfte mindestens um 1 überschreitenden Anzahl, sich von selbst ergiebt.

Im practischen Resultat weicht nun freilich die hier vertheidigte Ansicht erheblich von der zur Zeit herrschenden Lehre ab, und zwar um so bedeutender, je größer die Anzahl der Mitglieder einer universitas personarum ist. Eine Corporation zähle 90 Mitglieder. Nach der herrschenden Lehre kann bereits durch 31 einhellige Stimmen ein Corporationsbeschluß zu Stande gebracht werden: denn sind nur $\frac{2}{3}$, also 60 Mitglieder, versammelt, so entscheidet unter diesen die Majorität. Meines Erachtens dagegen bedarf es mindestens 46 übereinstimmender Vota: aber es genügt auch deren Anwesenheit zur Beschlußfähigkeit der Versammlung.

Welcher von diesen beiden Auffassungsweisen der Vorzug gebühre, stelle ich der Erwägung anheim. Nur darauf sei mir hinzuweisen gestattet, daß, wer mit der herrschenden Lehre Stimmenmehrheit nur der Erschienenen fordert, in die Aussprüche der Quellen eine Beschränkung hineinträgt, zu welcher diese selbst keinen hinreichenden Anlaß darbieten. Und vor allem dürfte dies von der, in unserer Lehre m. E. allein maaßgebenden L. 160 § 1 D. de regulis iuris gelten, in welcher schon aus sprachlichen Gründen in dem Satze „refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem“ zu dem „per maiorem partem“ nicht wohl etwas anderes, als sc. universorum“, supplirend hinzugedacht werden kann.

Indeß — wird man einwenden — der herrschenden Lehre steht nun einmal entschieden unvordenkliche Praxis zur Seite. — Für eigentliche juristische Personen (universitates personarum) mag das ein Grund sein, an jener herrschenden Lehre, selbst richtigerer Erkenntniß gegenüber,

fest zu halten. Allein, es ist bereits in der Einleitung darauf hingewiesen worden, daß in unserer an Vereinen aller Art so überreichen Zeit, man häufig lediglich nach Analogie der für juristische Personen geltenden Rechtsgrundsätze entscheidet. Auf diesem Gebiete ist es Pflicht, an den bekannten Ausspruch des Celsus *) zu erinnern: „quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet“.

II.

Unter den Erlöschungsweisen einer universitas personarum pflegt in Hand- und Lehrbüchern des römischen Rechts auch „Auflösung in Folge eines Gemeindebeschlusses“ aufgeführt zu werden. Indeß schon die Modificationen, durch welche dabei die Allgemeinheit dieses Satzes in bestimmte Schranken eingeschlossen werden soll, sind nicht wenig geeignet, Mißtrauen gegen die Richtigkeit jener Lehre überhaupt zu erwecken. So sagt Mühlenbruch im

> Lehrb. d. Pand.-R. § 197: „Aufgehoben wird die universitas c) in Folge eines gemeinschaftlichen Beschlusses. Eine freiwillige Auflösung findet aber bei den mit dem Staate und seinen Einrichtungen in näherer oder entfernterer Verbindung stehenden universitates natürlich nicht Statt“.

Wir wollen selbst absehen von der gänzlichen Vagheit und daher nothwendiger Weise hervorgehenden Unbestimmtheit des Ausdrucks, wie des Gedankens: hebt, fragen wir, die hinzugefügte Modification nicht eigentlich

*) L. 39 D. de legibus (1, 3).

das vorausgestellte Princip vollkommen auf? Denn von welcher universitas personarum, welcher Corporation, Innung 2c., könnte gesagt werden, daß sie nicht „mit dem Staate und seinen Einrichtungen in näherer oder entfernterer Verbindung" stehe? — Man bedenke nur das dem Staate über alle Corporationen zustehende, oder wenigstens von ihm in Anspruch genommene, polizeiliche Oberaufsichtsrecht. — Mühlenbruch fährt dann fort „da, wo sie (die Auflösung) statthaft ist, entscheidet hierüber Stimmenmehrheit". — Welche Fälle dies seien, darüber suchen wir bei ihm vergebens nach Aufschluß.

Ein anderer neuerer Vertheidiger derselben Lehre, Kierulff, drückt sich darüber so aus:

> System d. Civilrechts S. 144: „Die universitas hört auf 3) durch Beschluß der Mitglieder der Gemeinheit selbst, wenn ihr Zweck ein durchaus privater ist, mithin ihre eigene Existenz der Willkür ihrer Mitglieder überlassen ist".

Die Endworte „wenn ihr Zweck" u. s. f. sollen ebenfalls eine Beschränkung aussprechen. Nicht jeder universitas gesteht der Verfasser das Recht willkürlicher Selbstaufhebung zu, sondern nur derjenigen, deren Zweck „ein durchaus privater" ist. Worauf aber stützt sich diese Behauptung? Wir suchen vergebens nach einer Rechtfertigung. Denn als eine solche kann doch wohl nicht der Schlußsatz: „mithin ihre eigene Existenz der Willkür ihrer Mitglieder überlassen ist" gelten, da dies eine reine petitio principii sein würde, — da dieser Satz doch nichts anderes sagt, als „eine universitas kann durch Beschluß der Mitglieder aufgehoben werden, wenn ihre Existenz

der Willkür ihrer Mitglieder überlassen, m. a. W., wenn sie berechtigt ist, sich aufzuheben". — Aber sowohl das wenn der Berechtigung bleibt dabei unerörtert, als auch der Beweis, daß sie zur Selbstauflösung berechtigt sei.

Wenn wir nun gleichwohl so oft die Behauptung vernehmen, jeder Corporation stehe das Recht zu, das Ende ihres Daseins zu beschließen, so muß doch wenigstens der Schein eines Grundes sich dafür anführen lassen: denn ohne allen Grund wird nicht leicht jemand so kühn sein, eine in ihren Consequenzen so wichtige Lehre aufzustellen.

Wir begegnen hier zunächst einer überall gewählten Parallele. So wie, sagt man, der einzelne Mensch unstreitig über sein Dasein verfügen, sein Leben freiwillig enden kann: muß gleiche Befugniß auch der Corporation, die ja nur ein Abbild der Person, eine künstlich geschaffene Persönlichkeit ist, zustehen. -- Schärfere Zergliederung dieses Beispiels, würde ohne Zweifel sofort das Irrthümliche der ganzen Lehre aufgedeckt haben. — Das, worüber der Selbstmörder verfügt, ist nicht seine juristische Persönlichkeit, sondern nun das Substrat, der Träger dieser Persönlichkeit. Indem er dieses Substrat zerstört, führt er allerdings mittelbar den Untergang auch seiner rechtlichen Persönlichkeit herbei, aber dies ist immer erst Folge und zwar nothwendige Folge des Mangels an einem ferneren Träger der Persönlichkeit. Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise zeigt sich mit Evidenz im Erbrecht. In der Sphäre der Vermögensverhältnisse bietet der Nachlaß einen ferneren Träger der nur zum Theil zu Grunde gegangenen rechtlichen Persönlichkeit dar: und so lebt der Verstorbene in seinem Vermögen und durch

dasselbe, theilweise wenigstens, fort. — Erinnern wir uns an den bekannten Ausspruch **Ulpian's** *): „hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est". Stände es wirklich in der Macht des Menschen, unmittelbar über das Recht seiner Persönlichkeit nach Belieben zu verfügen, so müßte auch ein Aufgeben der Persönlichkeit durch die bloße Willenserklärung, nicht mehr als Person gelten zu wollen, rechtlich möglich sein. Bekanntlich aber erklärt schon das römische Recht einen Vertrag, wodurch die Freiheit aufgegeben wird — und ein Aufgeben der Freiheit würde nach unsern Rechtsbegriffen nicht einmal Verlust aller rechtlichen Persönlichkeit überhaupt nach sich ziehen — für unzulässig **).

Wenden wir nun jene, anscheinend so treffende Parallele des Selbstmordes auf juristische Personen an. Was bleibt? Allerdings können auch hier die Mitglieder, indem sie sämmtlich austreten, der juristischen Person den für deren Dasein nothwendigen Träger des Rechtsbegriffs entziehen, also **mittelbar** das Ende der juristischen Person herbeiführen, allein daraus folgt noch nicht im Entferntesten die Berechtigung zu willkürlicher Aufhebung durch den Beschluß, die juristische Person solle aufgehoben sein. Es liegt m. a. W. die juristische Persönlichkeit über die Sphäre der möglichen Beschlußnahmen der Mitglieder hinaus.

---

*) L. 34 D. de adquir. dom. (41, 1). L. 22 D. de fideiussoribus (46, 1).

**) L. 37 D. de liberali causa (40, 2). Conventio privata neque servum quemquam ... facere potest. — cf. L. 10 C. eod.

Man sage nicht, das sei ein leerer Wortstreit. — Im Resultat käme es auf eins hinaus, ob das Ende der universitas unmittelbar durch Beschluß, oder mittelbar durch den Beschluß, einzeln austreten zu wollen, herbeigeführt werde. — Das Gegentheil zeigt sich in den Consequenzen. — Läge es in der Macht der Corporationsmitglieder, durch Gemeindebeschluß mittelbar das Aufhören der ideellen Person zu decretiren, so müßte ein derartiger Beschluß, wie jeder andere, durch bloße Stimmenmehrheit zu Stande gebracht werden können. Wie nun aber, wenn die Minderzahl, oder auch nur ein Einziger erklärt, in der universitas zurückbleiben zu wollen? Würde nicht in ihm und durch ihn die universitas fortbestehen? *) oder mit welcher Klage könnte der Austritt auch nur dieses Einzelnen durchgesetzt und erzwungen werden?

Nächst jener unfruchtbaren Parallele hat vorzugsweise die Voraussetzung absolut souverainer Willens- und Beschlußfreiheit der Corporationen der Ansicht Nahrung gegeben, den Mitgliedern müsse auch das Recht beliebiger Selbstauflösung zustehen. Man hat es dabei für überflüssig erachtet, jene Voraussetzung näher zu begründen; hat sie als eine selbstverständliche stillschweigend hingenommen. Nähere Prüfung wird ihre Unhaltbarkeit erweisen.

Die juristische Person ist ein künstlich geschaffenes Subject, eine reine Fiction. Als solche ist sie an und für sich des Wollens, des Entschließens und Handelns nicht

*) Arg. L. 2 § 2 D quod cuiuscunque civitatis: „— sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri: cum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis“.

fähig. So weit es indeß zur Realisirung der Zwecke der juristischen Person des Wollens und Handelns bedarf, hat das Gesetz durch eine weitere Fiction nachgeholfen. Der übereinstimmende Wille der Mehrzahl der Mitglieder soll als Willensäußerung der ideellen Person selbst behandelt werden. – Solche Fiction aber kann nicht über die ihr rechtlich einmal zugewiesenen Grenzen hinaus reichen, m. a. W. nicht da gelten, wo es sich nicht mehr um die Realisirung der Zwecke der juristischen Person handelt. Nichts aber ist in entschiedenerem Widerspruch mit der Realisirung der Zwecke der juristischen Person, als die Absicht der Aufhebung. Für die Durchführung dieser Absicht kann demnach der noch so sehr übereinstimmende Wille der jeweiligen Mitglieder nicht mehr als ein ausreichendes Organ der Willenserklärung der ideellen Person angesehen, m. a. W. die Fiction, der Wille der Mehrzahl sei rechtlich als Wille der ideellen Person zu behandeln, nicht zur Anwendung gebracht werden. Es kann nicht wiederholt und scharf genug darauf hingewiesen werden, daß nicht jedes Wollem und Handeln, sei es auch sämmtlicher Mitglieder, rechtlich als Wille der fingirten Person selbst gelten könne, sondern nur dasjenige Wollen und Handeln, welches sich innerhalb der Grenzen jener Fiction bewegt. — Erscheint aber sonach die Annahme absolut souverainer Willens- und Beschlußfreiheit der Corporationen, durch das Medium ihrer jeweiligen Mitglieder, als unhaltbar, so folgt wenigstens soviel, daß der Rückschluß von dieser angeblichen absoluten Willensfreiheit auf das Selbstauflösungsrecht, dieses letztere nicht zu rechtfertigen im Stande ist.

Zu diesen Erwägungen kommt noch eine dritte und

sehr wesentliche hinzu. Die Corporation verdankt ihr Dasein als ideelle Persönlichkeit nicht eigenem Willensbeschluß: sie empfängt vielmehr dieselbe aus der Hand des Gesetzgebers. Hat aber die juristische Persönlichkeit ihre Wurzel, ihr Lebensprincip, in dem Willen des Gesetzgebers, so folgt, daß der Wille der jeweiligen Mitglieder über diese juristische Persönlichkeit selbst nicht zu disponiren berechtigt sein kann. Denn jede Fortdauer ist in gewissem Sinne ein stets sich erneuerndes Schaffen, daher wohl der Gesetzgeber die gewährte juristische Persönlichkeit einziehen, zurücknehmen kann, nicht aber gleiches Recht den Mitgliedern zusteht.

Aus diesen Gründen scheint mir die Lehre, daß eine Corporation durch Beschluß der Mitglieder unmittelbar aufgehoben werden könne, durchaus verwerflich. Dahingegen räume ich allerdings ein, daß es in der Macht der jeweiligen Mitglieder stehe, durch sämmtliches Austreten das Ende der Corporation herbeizuführen, indem dadurch der juristischen Person der Träger ihrer Persönlichkeit, das nothwendig erforderliche Substrat, entzogen wird.

Bestritten ist freilich auch dieses neuerdings von Hrn. v. Savigny. Selbst nach dem Ausscheiden sämmtlicher Mitglieder, behauptet er *), dauere die ideelle Persönlichkeit fort, wenn ihr ein bleibender Zweck von öffentlichem Interesse zum Grunde liege. Denn, wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nach einander hinsterben, so wäre es sehr irrig, die Zunft für erloschen und ihr Vermögen für herrenlos

*) v. Savigny's System des Civilrechts Bd. II S. 280.

oder für Staatsgut zu halten. — Einen anderen Beweis, als dieses Beispiel, hat Hr. v. Savigny für seine Meinung anzuführen für überflüssig erachtet. Halten wir uns also an das Beispiel. Ich muß gestehen, daß ich in demselben einen Rechtsgrund für die Fortdauer der ausgestorbenen Zunft aufzufinden nicht vermag. Immerhin mag das öffentliche Interesse das Fortbestehen oder richtiger Wiederaufleben der Zunft erheischen. Das Bedürfniß wird in solchen Fällen ohne Zweifel sich Bahn brechen, und eine Zunft hervorrufen. Auf welchen Rechtsgrund hin sollte nun aber wohl dieselbe in das Besitzthum der erloschenen Zunft eintreten? Ohne Zweifel kann ihr dasselbe von Staats wegen — denn diesem fällt nach richtiger Ansicht das bonum vacans auch einer eingegangenen juristischen Person zu — überwiesen werden: aber immer würde darin doch nur eine Singularsuccession liegen, in Folge deren die Gläubiger der alten Zunft sich keineswegs an die neue Zunft, vielmehr lediglich an den Fiscus als Universalsuccessor in den Nachlaß der erloschenen Zunft zu halten haben würden, freilich mit der, für derartige Successionen des Fiscus allgemein geltenden Modification, daß auch er nicht über den Belauf der Activmasse haftet:

arg. L. 1 D. de iure fisci (49, 14): „Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonum cuiuscunque intelligitur, quod aere alieno superest".

Erwägen wir dazu die in den meisten Fällen eintretende Schwierigkeit, auf welchem Wege denn nach dem Aussterben sämmtlicher Mitglieder einer Zunft neue Mitglieder in dieselbe gelangen sollen? Der bei weitem re-

gelmäßigste Fall, Weg der Aufnahme, ist der statutenmäßiger Wahl. Soll etwa dann in statutenwidriger Weise der Landesherr neue Mitglieder einsetzen? oder sollen die neuen Mitglieder sich selbst gewissermaßen hereinwählen?

Es möchte fast scheinen, als ob hier Savigny sich habe täuschen lassen durch solche Fälle, wo die juristische Persönlichkeit nicht sowohl mit der universitas personarum, als vielmehr auf einem Vermögenscomplex ruht, welcher den Zweck hat, Personenvereine zu stützen, zu erhalten u. s. f., m. a. W., daß er sog. Stiftungen zu sehr mit Corporationen im engeren Sinn des Wortes identificirt hat; ein Irrthum, vor dem er selbst nachdrücklich warnt *). Nehmen wir an, eine Universität, ein Waisenhaus — die beide der Regel nach das Recht juristischer Persönlichkeit haben — seien gänzlich ausgestorben, oder von allen zeitigen Mitgliedern verlassen worden. Es unterliegt, scheint mir, keinem Bedenken, daß hier die juristische Persönlichkeit fortdauere, denn diese haftet nicht sowohl an den Personen, vielmehr an dem Vermögen der Stiftung: durch Anstellung neuer Beamten, Aufnahme neuer Zöglinge, lebt hier nicht sowohl die juristische Persönlichkeit wieder auf, — denn diese hat ununterbrochen ihren Träger an dem Stiftungsvermögen gehabt, — sondern nur die Zwecke der Stiftung, ihre Thätigkeit, die einstweilen suspendirt war, tritt wieder in's Leben.

Aber läßt nicht vielleicht auf diesem Umwege auch die Fortdauer der eigentlichen universitas personarum, selbst nach dem Aussterben aller Mitglieder, sich rechtferti=

*) v. Savigny, System Bd. II § 86.

gen? Wie von dem Vermögen des Einzelnen gesagt wird, daß in demselben und durch dasselbe die persona defuncti einstweilen fortlebe, so könnte ja vielleicht Gleiches auch von dem nachgelassenen Vermögen einer ausgestorbenen Zunft sich annehmen lassen? — durch den Zunftnachlaß würde dann die juristische Persönlichkeit sich wieder auf die neuen Zunftgenossen übertragen? — Allein abgesehen davon, daß, wie erwähnt, nicht wohl einzusehen ist, auf welchem Wege die neuen Zunftgenossen an die Stelle der sämmtlich ausgestorbenen treten sollen, macht es meines Erachtens einen sehr wesentlichen Unterschied, ob bei Creirung einer ideellen Person das Recht der Persönlichkeit einem Personenverein oder einem Vermögenscomplex ertheilt wird. Dort erscheint das Vermögen, hier die Personen als etwas mehr accidentielles: dort muß mit den Personen, wie hier mit dem Vermögen das Recht der Persönlichkeit erlöschen.

Einen Anhänger und Vertheidiger hat indeß allerdings die Savigny'sche Lehre gefunden; und zwar an Puchta. Dieser erklärt in seinem Lehrbuch der Pandecten 3. Aufl. § 28 a. E.:

„Die Aufhebung einer bestehenden juristischen Person geschieht — nicht durch bloßen Beschluß der Mitglieder, auch nicht durch das bloße Aussterben der Glieder, wodurch an sich nur ein Stillstand der Thätigkeit eintritt".

Puchta hat dabei das Verdienst wenigstens eines Versuches juristischer Rechtfertigung dieser Lehre. Er fügt nämlich in einer Note hinzu:

„Dies folgt auch aus dem Satze, daß die juristische

Person bei der Reduction auf ein Glied fortdauert. L. 7 § 2 D. quod cuiuscunque univ. (3, 4): Denn von dem gegenwärtigen Bestehen eines Personenvereins, kann hier so wenig die Rede sein, als wenn momentan kein Glied mehr existirt. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 85 § 1 D. de regulis iuris".

In der That, eine etwas wunderliche Logik. Weil ausnahmsweise — das citirte Gesetz sagt „magis admittitur" — die Fortdauer der Corporation zugelassen wird „si universitas ad unum redit", soll daraus folgen, daß sie auch fortbestehe „si ad nullum redit". Freilich kann auch bei nur einem übriggebliebenen Gliede nicht mehr von einem Personenverein die Rede sein; allein kann man etwa auch wenn gar kein Glied mehr vorhanden ist, noch sagen: „cum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen civitatis?" — und doch stützt gerade hierauf der Jurist (Ulpian) seinen Ausspruch. — Wie konnte dem sonst so sorgfältig und scharf die Worte wägenden Puchta entgehen, daß in dem „magis admittitur" gleichsam eine äußerste Grenze der Connivenz, ein Ultimatum, über welches hinaus Fortdauer der juristischen Person nicht mehr sich rechtfertigen lassen würde, weil es dann an einem Repräsentanten, in dessen Person „ius omnium reciderit, et stet nomen civitatis" gebräche, gestellt werden sollte? Die Berufung auf die L. 85 § 1 D. de regulis iuris muß in unserem Falle als eine vergebliche Anstrengung, eine vorgefaßte Meinung zu stützen, erscheinen. Denn eine Begriffswidersinnigkeit kann da-

durch nicht gerechtfertigt werden: begriffswidersinnig aber ist die Annahme der Fortdauer einer universitas personarum, wenn auch nicht einmal ein Mitglied derselben als Träger der Idee juristischer Persönlichkeit mehr vorhanden ist.

III.

Die Frage, wem das Vermögen einer universitas personarum zufalle, wenn dieselbe, sei es durch den Staat aufgehoben werde, sei es durch den Tod oder das Ausscheiden sämmtlicher Mitglieder erlösche, hat leider Herr v. Savigny in seiner sonst so ausführlichen Darstellung der Lehre von den juristischen Personen nicht erörtert. Dahingegen haben zwei geachtete neuere Schriftsteller über dieselbe in einer Weise sich ausgesprochen, die nicht mit Stillschweigen übergangen werden kann.

Bei Gelegenheit der Lehre von der Aufhebung der juristischen Personen lehrt Göschen *):

„Hört die universitas auf durch gänzliches Wegfallen aller Mitglieder, so fällt das Vermögen derselben an den Fiscus, nach der Analogie desjenigen, was bei bona vacantia physischer Personen Rechtens ist. Wird dagegen eine universitas aufgehoben durch eine Verfügung der Staatsgewalt, oder hört sie auf durch freiwilliges Auseinandertreten der Mitglieder, so sind in der Regel die Mitglieder befugt, das Vermögen der universitas unter sich zu theilen“.

Alles dieses soll sich ergeben aus L. 3 pr. D. de collegiis et corp. (47, 22). Dieses Gesetz nun lautet:

---

*) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. I § 65.

„Collegia, si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri“.

Von einer Theilungsbefugniß ist hier allerdings die Rede, aber etwa der Theilungsbefugniß der Mitglieder einer juristischen Person? Collegia, si qua fuerint illicita, sagt der Jurist. Kann damit eine juristische Person, ein Rechtssubject, das die Staatsgewalt selbst erst künstlich geschaffen hat, gemeint sein? — Vielleicht aber ist eine Uebertragung der hier für collegia illicita ausgesprochenen Grundsätze, oder wenigstens eine analoge Anwendung derselben auf Fälle der Auflösung einer juristischen Person statthaft? — Nichts würde entschieden unjuristischer sein. Fassen wir nur einen Augenblick scharf die himmelweit verschiedenen juristischen Verhältnisse beider Arten von Vereinen in's Auge. An dem Vermögen der juristischen Person hat bekanntlich das einzelne Mitglied derselben gar keinen Antheil. Die ideelle Person ist allein und ausschließlich Inhaber des Vermögensrechts. Dahingegen findet bei einem collegium illicitum, einem Verein, der nicht nur keine juristische Persönlichkeit hat, sondern noch dazu polizeilich verboten ist, ein condominium der Mitglieder an allen von dem Vereine erworbenen Vermögensstücken statt. Ja es ist dies nicht anders bei allen etwa polizeilich erlaubten Vereinen, „collegia licita“, so lange sie nicht juristische Persönlichkeit erlangt haben. — Sehr natürlich macht dieses Gesammteigenthumsrecht der einzelnen Mitglieder bei Auf-

lösung des — sei es nun erlaubten oder verbotenen Vereins — sich geltend. Jedweder hat einen Anspruch auf den ihm gebührenden Antheil. Daher „permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri". -- Es hätte sich das von selbst verstanden, und so könnte die Aufnahme dieses Gesetzes als ein Ueberflüssiges, weil Selbstverständliches erscheinen, wenn nicht ein anderer Gesichtspunkt die Aufnahme rechtfertigte: der Zweifel nämlich, ob nicht bei Auflösung verbotener Vereine Confiscation des Vermögens derselben eintrete und aus diesem Grunde das Theilungsrecht wegfalle.

Bei solcher Verschiedenheit der Grundprincipien muß jeder Schluß von den bei collegia licita wie illicita geltenden Rechtsbestimmungen den Fall der Auflösung einer juristischen Person für unstatthaft erklärt werden. Die Behauptungen Göschen's, deren einziges Fundament die citirte L. 3 D. de collegiis ist, entbehren sonach aller Begründung.

In anderer Weise argumentirt Kierulff. Er sagt in seiner Theorie des Civilrechts S. 145:

„Wenn die Gemeinheit, ohne über das Gemeingut eine Bestimmung zu treffen, sich aufgelöst hat, so ist dennoch die Vertheilung desselben unter die ehemaligen Mitglieder als beabsichtigt anzunehmen. Diese Behauptung ist aus der Natur einer zu bloßen Privatzwecken errichteten Gemeinheit zu rechtfertigen. Treten Mehrere zusammen, um eine Corporation zu stiften, so ist ihr Verhältniß bis zu der durch die Gesetzgebung erfolgten Constituirung als wirkliche Societät aufzufas-

sen, und die einzelnen Mitglieder haben an den zu dem bestimmten Zweck hergegebenen Beiträgen die gewöhnlichen Societätsrechte. Dies Verhältniß wird suspendirt durch die wirkliche Constituirung als Gemeinheit. Nun ist nach der Absicht der Mitglieder die Einheit das Subject des Vermögens. Löst die Corporation sich später als solche auf, so liegt darin nur die Absicht, das Zusammenbestehen der Mehreren als Einheit (universitas), nicht aber die Vereinigung überhaupt, aufzuheben. Vielmehr ist, bis zum Beweis des Gegentheils, anzunehmen, daß nach dem Verlust ihrer Corporationseigenschaft die Einzelnen jetzt als solche in dem rechtlichen Verhältniß einer juristischen Gemeinschaft zu einander stehen wollen, bis die reelle Theilung, welche in ihrer Absicht liegt, wirklich erfolgt ist. Dies bezieht sich aber nur auf diejenigen, welche bis zum letzten Augenblick als Mitglieder der Gemeinheit vereinigt bleiben. Nur für diese ist es wahr, daß ihre Vereinigung, trotz der Aufhebung ihrer Existenz als Einheit, präsumtiv fortdauert: denn bis dahin war beides unzertrennlich, und der Austritt Einzelner aus der Corporation involvirte daher für sie eine völlige Lossagung von der Vereinigung und allen ihren eventuellen Folgen".

Ich habe nicht angestanden, die Deduction Kierulff's in ihrer ganzen Ausführlichkeit mitzutheilen, da nicht jedem meiner geehrten Leser dessen Werk sofort zur Hand sein dürfte. Man wird vielleicht diese Argumentation geistreich, scharfsinnig, bestechend nennen. Ob sie aber in ihren einzelnen Momenten juristisch haltbar sei, ist eine andere Frage. Wir wollen sehen!

Der Hauptgedanke und eigentliche Kern ist offenbar in dem Satz enthalten: „durch das Zusammentreten Mehrerer zu einem Verein, entsteht zunächst ein Societätsverhältniß: erhält der Verein die Rechte juristischer Persönlichkeit, so wird das Societätsverhältniß für die Dauer der nunmehrigen universitas personarum suspendirt: es lebt aber wieder auf, sobald die universitas personarum erlischt". — Ich kann in dieser Argumentation „nicht ein gesundes Element" finden. Sie widerstreitet

1) allen juristischen Begriffen von Societätsverhältnissen. Bekanntlich ist die Societät ein so wesentlich und durch und durch persönlicher Verein, daß durch das Ausscheiden auch nur eines Mitgliedes die Societät selbst unter den Uebrigen der Regel nach erlischt *). Allerdings kann im Voraus besonders festgesetzt werden, daß, ungeachtet des Ausfalls des einen oder andern socius, die Verbindung der übrigen fortdauern solle **), jedenfalls aber bedarf es dazu ausdrücklich darauf gerichteter Festsetzung; und niemals kann im Voraus bestimmt werden, daß der Erbe eines Genossen an dessen Stelle als Theilnehmer an der Societät eintreten solle: es würde dadurch dem Erben ein Zwang aufgebürdet werden, welcher dem durchaus freiwilligen Character des Societätsverhältnisses wider-

---

*) § 5 I. de societate (3, 25): „— sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur". Cf. L. 65 § 9 D. eod.

**) L. 65 § 9 D pro socio (17, 2): „— Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit: nec heres socii succedit".

spricht *). — Und Angesichts solcher zweifelhaften Bestimmungen wird uns zugemuthet, bei Auflösung der juristischen Person ein Wiederaufleben des bis dahin suspendirten Societätsverhältnisses anzuerkennen: eines Societätsverhältnisses zwischen wem? nicht etwa den ursprünglichen Societätsgenossen: nein, unter den Mitgliedern der aufgelösten Corporation, mögen dieselben inzwischen sich noch so sehr durch Tod, Ausscheiden, Aufnahme neuer Corporationsmitglieder u. s. f. geändert haben!! ein Wiederaufleben einer Societät unter Personen, die ursprünglich niemals in Societätsverhältniß gestanden haben. Man müßte denn anzunehmen geneigt sein, daß das Verhältniß der Mitglieder einer Corporation unter einander die Doppelgestalt einer Societät und gemeinsamer Mitgliedschaft einer Corporation trage, m. a. W., daß die Mitglieder einer Corporation stets zugleich in stillschweigendem Societätsnexus stehen. Wie aber damit vereinbar sein würde der bekannte Satz **): „in Decurionibus, vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint", müssen wir unserem Verfasser zu erklären überlassen.

2) So lange das reine Societätsverhältniß dauert, haben, sagt der Verfasser, die einzelnen Mitglieder an den zu bestimmten Zwecken hergegebenen Beiträgen die gewöhnlichen Societätsrechte: wird nun aber dies Verhält-

*) L. 35 D. pro socio: „— Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit". Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

**) L. 7 § 2 D. Quod cuiuscunque universitatis nomine (3, 4).

niß durch die wirkliche Constituirung als Gemeinheit suspendirt, so ist nach Absicht der Mitglieder die Einheit das Subject des Vermögens. Also, in dem Augenblick der Erhebung der Societät zur juristischen Person geht eine stillschweigende Uebertragung der Eigenthumsansprüche der Einzelnen an die ideelle Person (etwa im Wege des constitutum possessorium) über. Durch Alienation ist mithin das Eigenthumsrecht der Einzelnen erloschen. In welchem Wege sollen wir uns nun die Rückkehr dieses Eigenthumsrechts, gleichsam das Wiederaufleben desselben, vermittelt denken? Ist etwa die Alienation mit Vorbehalt des Eigenthums geschehen? oder unter einer gesetzlich zu präsumirenden stillschweigenden conditio resolutiva? Allein der Vorbehalt des Eigenthums muß bei der Hingabe ausgesprochen werden, und kann auch zugegeben werden, daß Fälle gesetzlich zu präsumirender conditio resolutiva vorkommen, so möchte es doch schwer werden, ein Gesetz aufzuweisen, welches etwa die Zahlung der Beiträge von Seiten der Mitglieder einer Corporation in die Gemeindecasse aus jenem Gesichtspunkte betrachtete, oder auch nur so zu betrachten uns autorisirte. Vielleicht aber liegt eine Rechtfertigung der Ansicht des Verfassers in dem weiteren Satze: „Löst die Corporation sich später als solche auf, so liegt darin nur die Absicht, das Zusammenbestehen der Mehreren als Einheit (universitas), nicht aber die Vereinigung überhaupt, aufzuheben. Vielmehr ist, bis zum Beweise des Gegentheils, anzunehmen, daß nach dem Verlust ihrer Corporationseigenschaft die Einzelnen jetzt als solche in dem rechtlichen Verhältniß einer juristischen Gemeinschaft zu einander stehen wollen, bis die

reelle Theilung, welche in ihrer Absicht liegt, wirklich erfolgt ist". Selbst angenommen nun aber auch — was als einen allgemeinen Satz einzuräumen wir keineswegs geneigt sind — es liege, wenn die Corporation sich auflöst, darin die Absicht, wenigstens die Vereinigung fortdauern zu lassen, wird dadurch allein die Nothwendigkeit, ja nur die Möglichkeit des Rückfalls des früher aufgegebenen Eigenthumsrechts an die einzelnen Mitglieder erklärt? Wo ist der Rechtsgrund, der diesen abermaligen Eigenthumsübergang vermittelte? Etwa „die Absicht der reellen Theilung"? Man kann die Absicht zugeben; aber dadurch ist immer noch die Frage nicht gelöst: denn, wo ist der Beweis dafür, daß diese Absicht allein hinreiche, den Uebergang des Eigenthums von der juristischen Person auf die jeweiligen Mitglieder rechtlich zu vermitteln? Das eigentliche thema probandum wird umgangen. Nimmt man mit dem Verfasser einmal an, daß gewissermaßen selbstverständlich, sobald die Corporation sich auflöst, das bisherige Eigenthum der ideellen Person von selbst sich in ein condominium der noch vorhandenen Mitglieder verwandle, so bedarf es des ganzen künstlichen, und noch dazu mit dem Wesen der Societät in vielfachen Widerspruch tretenden Umweges eines, durch die Constituirung der juristischen Person nur suspendirten, und späterhin von selbst wieder auflebenden Societätsverhältnisses, nicht. Die Einsicht in die Natur der Sache und des ganzen Herganges wird dadurch nicht gefördert, nur verwirrt.

3) Selbst wenn wir die Richtigkeit der Kierulff'schen Betrachtungsweise zugestehen könnten, würde es immer noch fraglich sein, ob die Consequenzen, welche der

Verfasser aus seiner Theorie zieht, Billigung verdienen. Nur diejenigen, die bis zum letzten Augenblick Mitglieder der Gemeinheit geblieben sind, sollen bei der Theilung des Gemeinguts Ansprüche haben. Die Idee der Suspendirung des ursprünglichen Societätsverhältnisses während der Dauer der juristischen Person, so wie dessen Wiedererstehen bei Auflösung der Gemeinheit, scheint es, müßte zu anderen Resultaten führen. Die Ansprüche der socii gehen bekanntlich auf deren Erben über: tritt also das Societätsverhältniß wieder in Kraft, so, sollte man meinen, müßten auch die Anrechte der Erben der ursprünglichen socii wieder erwachen. Zwar bemerkt Kierulff — möglichen Einreden im Voraus zu begegnen: — „der Austritt Einzelner aus der Corporation involvirte für sie eine völlige Lossagung von der Vereinigung und allen ihren eventuellen Folgen". Allein mag ein solcher präsumtiver Verzicht auch allenfalls für das bewußte und absichtliche Austreten aus der Corporation gelten: der gewiß häufiger sich ereignende Fall des Ausscheidens durch den Tod kann doch unmöglich als ein Verzichten, als eine „völlige Lossagung von der Vereinigung und allen ihren eventuellen Folgen" gelten sollen. Aus dem Gesichtspunkt eines Verzichtes kann sonach, hält man die Idee einer bloß einstweilen suspendirten und wieder in's Leben tretenden Societät fest, der Untergang der Ansprüche der Erben der ursprünglichen Vereinsgenossen, und das ausschließliche Anrecht der, zur Zeit der Auflösung der Gemeinheit, noch lebenden Mitglieder der letzteren, nicht hergeleitet und gerechtfertigt werden. Der Verfasser schiebt daher unvermerkt eine andere Begründungsweise unter. Nur für die-

jenigen, sagt er, welche bis zum letzten Augenblicke als Mitglieder der Gemeinheit vereinigt blieben, ist es wahr, daß ihre Vereinigung trotz der Aufhebung ihrer Existenz als Einheit präsumtiv fortdauert. Eigentlich also ist es nicht die alte Societät, die nach der Auflösung der Gemeinheit eo ipso wieder in's Leben tritt, — wie man nach dem Ausdruck: „dies Verhältniß wird suspendirt durch die wirkliche Constituirung als Gemeinheit" erwarten sollte, — sondern es entsteht in dem Augenblick des Erlöschens der juristischen Person unter den zurückgebliebenen Mitgliedern eine neue Societät, wie ja der Verfasser auch ausdrücklich sagt: „es sei, bis zum Beweis des Gegentheils, anzunehmen, daß nach dem Verlust ihrer Corporationseigenschaft die Einzelnen jetzt als solche in dem rechtlichen Verhältniß einer juristischen Gemeinschaft zu einander stehen wollen". Wird aber sonach von dem Verfasser am Schlusse seiner Deduction die Idee des Wiederauflebens der alten Societät eigentlich ganz Preis gegeben, so entschlüpft ihm damit zugleich der scheinbare Rechtsgrund für den Uebergang des bisherigen Corporationsvermögens auf die übrigbleibenden Mitglieder, als eines Wiederauflebens der früheren Eigenthumsrechte der Einzelnen, die während der Dauer der Gemeinheit an die juristische Person, als Subject des Vermögens, übergegangen waren. Wir stehen dann wieder vor dem Räthsel der ipso iure eintretenden Verwandlung des Gemeindevermögens in ein condominium der das Ende der Corporation überlebenden Mitglieder.

Solchemnach glaube ich dem Ermessen des Lesers getrost es anheimstellen zu dürfen, ob ich zu streng geurtheilt,

wenn ich oben erklärte, in der Kierulff'schen Argumentation „auch nicht ein gesundes Element" auffinden zu können.

Unbestimmt äußert sich über die hier in Rede stehende Rechtsfrage Mühlenbruch. Er sagt in seinem Lehrb. § 197: „da, wo sie (die freiwillige Auflösung einer universitas personarum) statthaft ist, entscheidet hierüber, und im Allgemeinen über die Art der Vermögensverwendung, wie bei allen Gemeindebeschlüssen, die Stimmenmehrheit"; — dabei verweist Mühlenbruch auf die bekannten Abhandlungen von Runde, Thibaut und Marezoll, in denen die Frage über Gemeindetheilungen und das dabei zu befolgende Theilungsprincip behandelt wird. Streng genommen gehören diese Abhandlungen hieher, wo das Schicksal des nachgelassenen Vermögens einer erloschenen juristischen Person in Frage steht, nicht. Jedenfalls aber leuchtet so was hervor, daß, auch Mühlenbruch der Theorie nicht abhold ist, daß, bei freiwilliger Auflösung einer Corporation, Vertheilung des Gemeinguts eintrete.

Ich, meines Theils, kann dieser Theorie nicht beipflichten. Das Vermögen der juristischen Person ist niemals, auch nur zum kleinsten Theile, Vermögen der einzelnen Mitglieder. Führen diese durch freiwilliges Ausscheiden das Ende der ideellen Person herbei, so fehlt es an allem Rechtstitel, wodurch Uebergang des Vermögens auf die ehemaligen Mitglieder vermittelt würde. Das Vermögen wird vielmehr, wie der Nachlaß einer erblosen Privatperson, bonum vacans, und fällt als solches dem Fiscus anheim. Ich kann keinen Unterschied zwischen dem

Aussterben einer Corporation und dem durch freiwilligen Austritt aller Mitglieder herbeigeführten Ende auffinden, und, wenn im ersteren Falle das Gemeingut, wie von keinem bezweifelt wird, als bonum vacans behandelt werden muß, so ist es äußerste Inconsequenz, dem zweiten Falle eine von Grund aus verschiedene Wirkung beizulegen.

Aber können nicht die Mitglieder der Corporation, vor ihrem Ausscheiden, per maiora die Theilung des Gemeinguts beschließen, gewissermaaßen im Namen der juristischen Person deren Testament machen?

Allerdings ist dies eine sehr verbreitete Ansicht. Unzweideutig bekennt sich zu ihr auch Kierulff. Hat, sagt er, die Gemeinheit vor ihrer Auflösung sowohl die Theilung ihres Vermögens, als auch die Theilungsart beschlossen, so ist dieser ihr ausdrücklicher Wille die entscheidende Norm. Hat sie aber nur die Theilung, nicht die Größe der Portionen festgesetzt, so ist hier, wie bei einer Theilung ohne Auflösung der Gemeinheit selbst, als ihr stillschweigender Wille zunächst anzunehmen, daß die Größe der bisherigen Nutzungsrechte der Mitglieder den Maaßstab bilden, und, wenn danach nichts entschieden werden kann (z. B. weil solche Nutzungen bisher nicht existirten), Kopftheile gemacht werden sollen.

Ich kann von der Richtigkeit dieser Theorie mich nicht überzeugen. Der Beschluß, wodurch die Mitglieder Theilung des Vermögens der juristischen Person, wäre es auch erst nach deren Auflösung festsetzten, würde immerhin Verfügung über ein nicht ihnen, sondern der ideellen Person gehöriges Vermögen sein, Verfügung also über fremdes

Eigenthum, daher sie kein Eigenthum daran übertragen können. Sie sind gleichsam nur Verwalter fremden Gutes; und wer möchte diesen das Recht zugestehen, das ihrer Verwaltung anvertraute Gut unter sich zu theilen? Erwägen wir die Consequenzen, zu denen dies Princip nothwendig führt. Angenommen eine Zunft, die reiches Besitzthum hat, stirbt bis auf 2, 3, ja bis auf ein Mitglied aus. Noch lebt die Zunft als solche fort. Aber die wenig übrig Gebliebenen, oder jener Eine, tragen Gelüste nach dem reichen Gut. Unmittelbar können sie es sich nicht aneignen. Aber sie fassen den Beschluß auszutreten, und beschließen vorher die Theilung des Zunftvermögens. Will man das Recht, das man einer zahlreich repräsentirten Zunft zuschreibt, der auf wenige Mitglieder zusammengeschmolzenen versagen? und mit welchem Rechte? Und wo ist dann die Gränze?

Uebersehen wir auch nicht dabei die Schwierigkeiten, die sich unvermeidlich der Durchführung jener Theorie entgegenstellen. Der Beschluß des Ausscheidens und der Theilung sei gefaßt. Erfolgt die Theilung vor dem Austreten der Einzelnen, so besteht ja zu jener Zeit noch die juristische Person fort, sie also ist noch Inhaberin, Subject des Vermögens. Die vollzogene Theilung ist also entschieden widerrechtliche, dem Begriff der juristischen Person widerstreitende Aneignung fremden Gutes. Soll aber Theilung erst nach dem Austritt erfolgen, so ist ja durch das Ausscheiden alles Anrecht verloren: das Vermögen der juristischen Person ist in dem Moment ihres Erlöschens zum bonum vacans geworden, auf welches in demselben Moment das Anrecht des Fiscus beginnt. Eine ultima voluntas kann hier den

Ansprüchen desselben nicht in den Weg treten, keine andere Vertheilungsweise begründen, denn der juristischen Person fehlt das Recht der testamentifactio. Es ist schwer begreiflich, wie dies hat verkannt werden können, zumal von denen, die so entschieden, wie namentlich Kierulff *), erklären: „der Austritt des Einzelnen aus der Corporation involvirt für ihn eine völlige Lossagung von der Vereinigung und allen ihren eventuellen Folgen".

Vielleicht aber beweisen die hier erhobenen Einwendungen zu viel? Wenn den Corporationsmitgliedern die Befugniß der Verfügung über das Gemeinvermögen, nach Auflösung der Corporation, abgesprochen wird, ist ihnen damit nicht das Recht jeder Veräußerung überhaupt bestritten? Mit nichten. So wenig als den Verwaltern fremden Gutes: das Recht der Veräußerung zum Besten und Vortheil der juristischen Person sind wir keinesweges gemeint den Mitgliedern der Corporation zu schmälern, sondern nur das Recht der Veräußerung zu ihrem eigenen Gewinn und Frommen, dessen Ausübung hier nicht sowohl eine Veräußerung, als vielmehr ein Theilen fremden Gutes sein würde.

---

*) Kierulff a. a. O. S. 145 a. E.

XI.

Mittheilungen aus der Praxis der Obergerichte Liv-, Esth- und Curlands.

Fortsetzung.

7.

Auszug aus dem Urtheil des c . . . schen O.-H.-Gerichts in Provocationssachen des Grafen H. v. K., Erbherrn auf C. und W., als Provocanten, wider P. v. B. auf B., Provocaten ex lege diffamari, v. 29. Mai 1836.

Cautio de damnis et expensis — Litisdenunciation und Intervention — Exceptio deficientis legitimationis — Fideicommißanwärter — Erlöschende Verjährung.

„Die Bestellung einer Cautio de damnis et expensis kann demjenigen, der zur Klage gezwungen wird, nicht zugemuthet werden.

Provocat hat es bestritten, daß er sich dem Grafen K. gegenüber noch besser, als durch seinen Namen und sein Wappen zu legitimiren nöthig habe, allein mit unglücklichem Erfolge, denn abgesehen davon, daß der v. B. auf U. nicht als accessorischer Intervenient, sondern als Litisdenunciat an dem vorseienden Rechtsstreite Theil genommen, so bezwecke ja sowohl die Intervention, als auch die Litisdenunciation Mitvertretung einer Partei; die Erreichung

dieses Zweckes muß also möglich sein, und folglich dem accessorischen Intervenienten oder Litisdenunciaten der Gebrauch aller Vertheidigungsmittel offen stehen, deren sich der Hauptlitigant zur Zeit des Eintritts eines Assistenten annoch bedienen konnte. In casu hat die Litisdenunciation und in Folge derselben der Eintritt des v. B. auf U. sofort nach Anstellung der Klage, also zu einer Zeit stattgefunden, wo dem Beklagten die Beibringung aller möglichen Einreden annoch gestattet war; dieselbe Befugniß competirte mithin dem Litisdenunciaten, insbesondere aber in Bezug auf die Einrede der mangelnden Legitimation, welche so begünstigter Natur ist, daß sie gemeinrechtlich nicht nur in jedem Theile des Verfahrens, ja selbst bei der Execution, noch vorgeschützt werden darf, sondern vom Richter sogar ex officio supplirt und auf ihre Erledigung gedrungen werden soll (Gönner, Handb. des Processes Bd. I. Abh. 15 § 6. Thibaut, System d. Pand. § 1058. Martin, Lehrb. d. Processes § 35). Eben so hinfällig ist die Behauptung des Provocaten, daß er dem provocantischen Grafen K. gegenüber durch seinen Namen und sein Wappen sich genügend ad causam legitimirt hatte; denn mag man nun die von ihm desiderirte Legitimation legitimatio ad causam oder einen integrirenden Theil des Beweises in der Hauptsache nennen, — die Gränzlinie zwischen beiden läßt sich, da sie häufig zusammenfallen, nicht immer genau abstecken, und wird von bewährten Rechtslehrern verschiedentlich gezogen (Gönner l. c. § 4—8. Gensler, Handb. zu Martin Abh. V. § c—k), — so bleibt doch jedenfalls so viel gewiß, daß sein Name und seine Eigenschaft als Agnat der im J 1760 transigirt habenden minorennen v.

B. auf S. allein noch nicht ausreiche zu seiner Befähigung, über vorliegenden Proceßgegenstand mit Wirkung zu streiten, vielmehr dazu noch der Hinzutritt und Erweis einer andern Thatsache erfordert werde, von welcher, abgesehen von den factischen Bedingungen des der Klage zum Grunde gelegten Rechts, die Befugniß des Klägers zur Anstellung der Klage abhängt und bedingt wird. Der provocatischen Klage nämlich dient die in dem Pactum von 1760 angeblich enthaltene Stiftung für die Familie derer v. B. zur Basis; sie fußt sich auf die Thatsache, daß dies Pactum ein Familienfideicommiß stifte, und daß Kläger ein bedachtes, ein solches Familienglied sei, welches die festgesetzte Erbfolgeordnung gegenwärtig zur Succession berechtige; es ist also nicht genug, daß Kläger sich als Familienglied legitimire, es ist auch erforderlich, daß er sich als ein solches Familienglied ausweise, welches zur Zeit die Erbfolge treffe. In dem Pactum von 1760 heißt es nun, daß die W'schen Güter und die auf C ruhende Pfandsumme nach dem Erlöschen der männlichen Linie des S'schen Hauses dem nächsten Agnaten desselben anheimfallen solle; nur einem solchen würde also, die Richtigkeit einer solchen Stiftung einstweilen angenommen, überhaupt ein Recht zur Vindication der bezeichneten Gegenstände competiren, nur ein solcher besäße diejenige Eigenschaft, welche allein zur gerichtlichen Verfolgung des in Anspruch genommenen Rechts befähigte; die Constatirung dessen, der Erweis dieser Eigenschaft, bildet mithin eine wesentliche Bedingung, wie nothwendige Voraussetzung der Klage, in deren Entstehung das Recht zur Anstellung der letzten selbst cessirt. Würde in dem Pactum

von 1760 die Bezeichnung „nächster" fehlen, dann dürfte Provocat, als anerkannter Agnat des S'schen Hauses, mit gutem Grunde eine bessere Legitimation verweigern; der qu. Zusatz verpflichtet ihn aber dazu, weil darnach der Erwerb der W'schen Güter abseiten eines entfernteren Agnaten sich ebensowenig pactmäßig darstellt, wie der Besitz derselben abseiten des Grafen K.

Die Schmälerung eines Rechts dulden, involvirt noch keine Verzichtleistung auf dieses Recht selbst, am wenigsten zu Gunsten Jemandes, der diese Schmälerung nicht zu Wege gebracht; einem solchen, sollte es auch ein entfernt Berechtigter sein, entspringt weder Vortheil noch Nachtheil daraus; er muß es sich gefallen lassen, wenn der Nächstberechtigte das ihm zugefallene Grundstück für seine Lebenszeit einem Andern in Arende oder unentgeltliche Nutznießung giebt, oder es gestattet, daß ein Anderer sich dessen Nutznießung und Disposition ohne allen Vertrag anmaße; er darf sich allererst Störungen erlauben, wenn er der Nächstberechtigte, wenn sein durch die Existenz von Näherberechtigten suspendirtes Erbfolgerecht ein gegenwärtiges, ein zur Zeit exigibles geworden. Freilich müssen immer derartig entfernt Berechtigten Sicherheitsmaaßregeln, d. i. Demarchen gestattet sein, welche die dereinstige Realisirung des annoch in suspenso schwebenden Rechts möglich machen 2c.

Die Exstinctivverjährung läuft von dem Momente an, wo actio nata, wo die Anstellung der Klage möglich war, und wird nach hiesigem, durch den S. U. v. 21. Juni 1815 in seiner Kraft erhaltenen Landesrecht in 5 Jahren (Curl. Stat. § 149) vollendet. Bona fides

ist nach röm. Recht nicht erforderlich; das canonische Recht scheint sie zwar in c. 20 X 2, 20 auch bei der Exstinctiv-verjährung zu erheischen; allein Rechtslehrer und Praxis schließen sich dem röm. Rechte an, oder beschränken doch wenigstens die Anwendbarkeit des canonischen Rechts auf den Fall, wo es sich von einer possessio in re aliena handelt (Unterholzner von der Verjährung § 261). — Nur Anstellung der Klage bringt in der Regel eine Interruption der Verjährung zu Wege; Protestationen und Reservationen, denen die Ingrossation einer Urkunde kaum gleichgestellt werden kann, bewirken selbige bloß ausnahmsweise (L. 2 C. 7, 40)".

8.

Zweites Urtheil in derselben Sache vom 5. October 1839.

Requisite einer Familienfideicommißstiftung — Vermuthung für Realfideicommisse — Erbliche Abtretung eines Familienfideicommißgutes — Rechte des Fideicommißbesitzers — Successionsordnung in FFC. — Gegenstand eines FFC. — Rescission ungültiger Verträge — Pflichten der Vormünder — Corroboration der FFC. — Successionsrecht und Successionsordnung — Privationsclausel — Anwärter — Verjährung.

„Nachdem ein dirig. Senat mittelst eines unter dem 18. Jan. d. J. erlassenen Ukases das diesgerichtliche, in

der gemeldeten Sache am 29. Mai 1836 gefällte Erkenntniß durch die Entscheidung nachstehender Fragen:

1. ob die W'schen Güter und die C'sche Pfandsumme unveräußerliche Vermögensstücke des von B'schen Stammes anzusehen seien?

2. ob in letzterem Falle der Philipp v. B. zu selbigen aus den von ihm dargelegten Gründen berechtigt sei?

3. ob der im J. 1760 zwischen der Mutter und den Schwestern des Ewald v. B., Erbbesitzers auf Z., D. Gr. u. Kl.-W., auch Lehnsbesitzer auf C. einerseits, und die Vormundschaft des minorennen v. B. auf S. andererseits, abgeschlossene Vergleich aus den Hypothekenbüchern delirt werden solle oder nicht?

zu vervollständigen geboten, wird rücksichtlich der speciell bezeichneten Punkte zu Recht erkannt:

I. Der provocatische oder klägerische Philipp v B. gründet seine desfalsige Behauptung auf denjenigen Passus der Vergleichsurkunde vom 9. Juli 1760, welcher festsetzt: „daß im Falle die beiden Brüder v. B. auf S. (welche an der Errichtung des qu. Vertrages durch ihre Vormünder Theil genommen) ohne männliche Leibeserben zu hinterlassen, versterben, und die männliche Linie dieses Hauses erlöschen sollte, die W'schen Erbgüter, imgleichen die auf dem Lehngute C. haftende Pfandsumme dem alsdann noch lebenden nächsten Agnaten des S'schen Hauses, gemäß denen Verträgen, anheimfallen sollen"; der Provocant (v. K.) und der Litisdenunciat vermissen dagegen in dieser Disposition, so wie in der Urkunde überhaupt, die sämmtlichen rechtlichen Erfordernisse einer Fideicommißstiftung; sie fin=

den darin weder das Verbot der Veräußerung, noch eine bestimmte Successionsordnung, vielmehr nur eine erb- und eigenthümliche Abtretung, und nur die Anordnung einer einzigen Substitution, eine einmalige Restitution der Güter und der Pfandsumme; sie deduciren endlich, daß, da die Bedingung existent geworden, und die für diesen Fall gemachte Auflage durch Ausantwortung der W'schen Güter und der Pfandsumme an den nächsten Agnaten belehre des Ablieferungsvertrages d. d. Popen, d. 5. Jan. 1814, erfüllt worden, damit auch die bezügliche, in der Urk. v. 1760 enthaltene Vorschrift ihre Wirksamkeit verloren, und jede Beschränkung aufgehört habe ꝛc. Erwägt man jedoch

a. daß jener Passus der Urkunde von 1760 keinesweges bloß Eines Restitutionsfalles gedenkt, sondern durch die Bestimmung: „daß wenn die minorennen U. G und J. D. v. B. auf S. ohne männliche Leibeserben zu hinterlassen, versterben, und die männliche Linie dieses Hauses erlöschen sollte, die W'schen Güter ꝛc. dem nächsten Agnaten anheimfallen sollen", — unverkennbar und unzweideutig auch die Erbfolge der männlichen Descendenz der paciscirenden Brüder v. B. in die W'schen Güter anordnet, und also die Restitution derselben so lange und so oft gebietet, als die männliche Linie des S'schen Hauses bestehen und sich in ihr ein Successionsfall ereignen würde;

b. daß, weil die Vermuthung für beständige und reale Fideicommisse streitet, besonders wo nicht namentlich bestimmte einzelne Personen, sondern im Allgmeinen, wie hier, der nächste Agnat berufen worden, alle gleichartigen

Personen und Fälle mit zu verstehen sind (C. v. Salza, § 14 Not. 7);

c. daß nicht nur gar kein Motiv, keine Triebfeder vorliegt, welche die Paciscenten zur Anordnung einer derartigen Substitution, wie Provocant und Litisdenunciat sie statuirt wissen wollen, veranlaßt haben könnte, sondern im Gegentheil, wenn die paciscirenden Brüder v. B. kein Fideicommiß stiften wollen, völlig unverständlich bliebe, weshalb sie ihre eigene Descendenz dergestalt benachtheiligt, und denjenigen Agnaten, an welchen die W'schen Güter nebst der C'schen Pfandsumme nach dem Erlöschen der S'schen Linie zu restituiren sind, in dem Grade begünstigen wolle, daß sie ihre weibliche Descendenz von der Erbfolge in jene Güter ganz ausgeschlossen, und der männlichen bloß den Nießbrauch derselben, dagegen aber den substituirten Agnaten das volle und uneingeschränkte Eigenthumsrecht daran zugewiesen ꝛc.;

d. daß endlich die in der Urk. von 1760 sog. erb- und eigenthümliche Abtretung der W'schen Güter ꝛc. ihrer etwanigen fideicommissarischen Natur mit nichten widerstreitet, indem, abgesehen von der sich empfehlenden Deutung jener Ausdrücke dahin: daß damit nur eine völlige, den Cedenten gar keine Befugnisse an den cedirten Objecten übrig lassende Abtretung bezeichnet werden sollen, die erwähnte Qualification gleich hinterher eingeengt worden, imgleichen Familiengüter füglich auch erb- und eigenthümliche Güter genannt werden können, und toto die genannt werden, weil die Beschränkung der völlig freien Disposition und das Verbot der Alienation sich mit dem Begriffe des erblichen Eigenthums sehr wohl verträgt; so wird

schon hierdurch die provocantische Absicht rücksichtlich der Bedeutung des in Rede stehenden Passus, so wie hinsichtlich der Absicht der Contrahenten, für widerlegt erachtet werden müssen; jedenfalls könnte aber dieselbe höchstens dann gelten, wenn die Urk. v. 1760 für sich allein bestände, und nicht vielmehr auf andere Urkunden Bezug nähme, aus welchen das in ihr nicht expreß und wörtlich Festgesetzte zu ergänzen und zu erläutern wäre; denn die W'schen Güter und die C'sche Pfandsumme sollen ja nach dem Ableben der paciscirenden Brüder v. B. ohne männliche Leibeserben dem alsdann noch lebenden nächsten Agnaten des S'schen Hauses „gemäß den Familienverträgen" anheimfallen. Diese v. B'schen Familienverträge bilden also die Quelle, auf welche bei Erklärung der Urk. v. 1760 zurückzugehen, woraus das Verständniß der letztern zu schöpfen ist, sie geben die Norm ab, nach welcher der Anheimfall, die Vererbung oder die Qualität der W'schen Güter 2c. durchgängig und in jeder Beziehung zu beurtheilen steht, weil Gesetzen nach allgemeine Bestimmungen in ihrem ganzen Umfange zur Anwendung kommen müssen (L. 47 D. de R. I.), und der Zusatz: „gemäß den Familienverträgen" ein niemals zu statuirendes Inutile oder Superfluum involviren würde, wenn er nichts weiter als den schon rechtlich feststehenden und in den v. B'schen Familienverträgen mit nichten modificirten Begriff des nächsten Agnaten constatiren sollen. Die v. B'schen Familienverträge reduciren sich aber sämmtlich auf das Pactum vom 25. Novbr. 1608, und da nun dieser Familienvertrag nicht nur die Absicht erklärt und bekundet, die Familie v. B. fortwährend bei ihrem Ansehen zu erhal=

ten und selbiges zu vermehren, sondern auch zu dem Ende verordnet: „daß die Güter stets bei dem Mannsstamm der v. B., so lange einer dieses Namens, im Ehebette erzeugt, am Leben sein wird, verbleiben, und nimmer an ein Weibsbild oder fremdes Geschlecht gelangen, vielmehr (in bestimmter vorgeschriebener Ordnung) bloß auf Mannsleibeserben übergehen, und nur an den nächsten Agnaten oder Stammfolger aus dem Mannsstamme der v. B. veräußert, imgleichen bloß aus kindlichen und redlichen Ursachen, und nur bis zum Belaufe von 3000 Thlr. Alb. mit Schulden sollen belastet werden rc." — kurz alle diejenigen Requisite enthält, welche Provocant und Litisdenunciat selbst als materielle Bedingungen und Merkmale einer gültigen Familienfideicommißstiftung bezeichnet haben: so folgt von selbst, und mit unbestrittener Evidenz, daß die voraufgeführten Anordnungen auch hinsichtlich der W'schen Güter und der C'schen Pfandsumme in Kraft und Geltung bleiben sollen, also einem fideicommissarischen Nexus, einem derartigen Familienverbande unterworfen worden, daß sie nicht an ein fremdes Geschlecht veräußert, sondern allstets nur von einem v. B. besessen, und auf einen agnatischen v. B nach der Nähe des Grades ex pacto et providentia maiorum vererbt werden dürfen. Der Provocant und Litisdenunciat wenden nun zwar dagegen ein, daß 1) die im J. 1760 paciscirenden Personen zur Gründung einer derartigen Stiftung aus den W'schen Gütern gar nicht berechtigt gewesen, weil sie nicht ein unbeschränktes Eigenthum an den Objecten der Stiftung besessen, indem einestheils die Vormünder der damals minorennen v. B. auf S. als dritte Personen, und an-

dererseits die Intestaterbinnen des Ewald v. B., als Besitzerinnen streitiger Gegenstände, nicht in diese Categorie gestellt werden könnten; daß ferner 2) die besagten Vormünder verpflichtet gewesen, den in Rede stehenden Transact so vortheilhaft als möglich für ihre Pupillen abzuschließen, und folglich die Präsumtion dawider stritte, als ob selbige das, was sie Namens ihrer Mündel und für selbige erwarben, Dispositionsbeschränkungen unterwerfen wollen; daß endlich 3) selbst wenn durch den Vergleich von 1760 ein Familienfideicommiß aus den W'schen Gütern und der C'schen Pfandsumme gestiftet worden, die Fideicommißqualität derselben mit dem im J. 1813 verstorbenen Ulr. Georg v. B. auf S. erloschen, und die W'schen Güter freie Vermögenstheile des letztern geworden wären, weil die Urk. von 1760 nur von Einem Agnaten aus dem S'schen Hause spreche, und dieses S'sche Haus mit dem Ulr. Georg v. B. ganz ausgestorben wäre rc. Indessen möchte ad 1) einestheils der Grundsatz, daß die Stifter eines FFC. ein gänzlich unbeschränktes Eigenthum an dem Objecte der Stiftung besitzen mußten, in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein, indem bekanntlich auch solche Güter, welche mit Schulden belastet sind, zu FFC. erhoben werden können (Knipschildt de fideic. C. X. Nr. 487, v. Salza l. c. § 47); andererseits ist weder abzusehen, in wiefern und wodurch die im J 1760 transigirende Mutter und Geschwister des kinderlos verstorbenen Ewald v. B. und dessen unbestrittenermaßen nächste Agnaten, die minorennen v. B. auf S., in ihrem, jedenfalls einem der contrahirenden Theile zuständigen Eigenthumsrechte an dem Nachlaß des besagten Ewald v. B.

beschränkt gewesen, noch auch weshalb Vormünder für ihre Pupillen nicht ein namhaftes Vermögen unter gewissen Beschränkungen, nämlich als ein Fideicommiß, erwerben dürften, das sie, wenn sie sich diesen Beschränkungen nicht gefügt, vielleicht gänzlich eingebüßt hätten. Dazu kommt, daß sogar ungültige Verträge nur von den dabei Verletzten, und unbefugte Handlungen der Vormünder nur von den Pupillen selbst, nach erlangter Majorennität, nicht aber von dritten Personen angefochten werden dürften, die Intestaterben des Ewald v. B. jedoch, mit ihrer später versuchten Vindication der W'schen Güter 2c. nicht durchgedrungen sind, und die beiden im J. 1760 minorennen v. B. auf S. die Rechtsverbindlichkeit des Transacts von 1760 nicht nur stillschweigend und factisch, sondern auch der letztverstorbene der beiden Brüder, Ulr. Georg v. B., durch Aufnahme der nomirenden Bestimmung hinsichtlich der Restitution der W'schen Güter und der C'schen Pfandsumme in den von ihm an den provocantischen Grafen K. und dessen Gemahlin unterm 16. August 1807 gestellten Kaufbrief über das alodificirte Lehngut C. ausdrücklich anerkannt haben, maßen es in jenem Kaufbriefe resp. behaupteter und eingeräumter maßen unter Anderem heißt: „daß die käuferischen Ehegatten bei seinem, des Ulr. Georg v. B., Ableben die ihnen zur Nutznießung überlassenen W'schen Güter und die C'sche Pfandsumme der 75,000 Fl Alb., welche von dem Kaufpretio re vera nachgelassen und abgerechnet worden, ohne Widerrede an den oder diejenigen sofort abtreten sollten, die es nach älteren Familienverträgen zu fordern berechtigt sein würden." Sodann mögen ad 2) die Vormünder der damals annoch minorennen

v. B. auf S. immerhin verpflichtet und geneigt gewesen sein, den qu. Transact so vortheilhaft als möglich für ihre Mündel abzuschließen, und mithin dieselben so wenig als möglich irgend welchen Dispositionsbeschränkungen zu unterwerfen; die deutliche und bestimmte Anordnung der Restitution der W'schen Güter rc. an den nächsten Agnaten für den Fall, daß die Brüder v. B. ohne Hinterlassung männlicher Descendenz versterben, und die männliche Linie dieses Hauses erlöschen sollte, entkräftet und vernichtet um so mehr jede provocantischer Seits aus jener Verpflichtung und der dadurch etwa begründeten Präsumtion gezogene, ihnen günstige Consequenz, als sich damit ihre eigene Ansicht, welche in dem fraglichen Passus bloß eine simple Restitution erkennt, eben so wenig in Einklang bringen läßt rc. Hiernächst hat quoad 3) der Litisdenunciat bei seiner desfallsigen Argumentation zuvörderst den betreffenden Passus corrumpirt, maßen solcher nicht von Einem Agnaten aus dem S'schen Hause, sondern von dem nächsten Agnaten des S'schen Hauses spricht, und nur sprechen konnte; weil zur Zeit des Transacts von 1760 die paciscirenden Brüder v. B. keine Agnaten aus dem S'schen Hause hatten, sie die einzigen Specialagnaten der S'schen Linie waren, und die Anerkennung des Anheimfallens der W'schen Güter rc. an den nächsten Agnaten aus dem S'schen Hause für den Fall, daß die männliche Linie dieses Hauses erlöschen sollte, etwas durchaus Widersinniges gewesen wäre, — außerdem aber übersehen, daß bei der von ihm beliebten Lesart von einer Restitution der Güter an den angeblich bloß substituirten nächsten Agnaten aus dem S'schen Hause ebenfalls nicht wei-

ter die Rede sein können, vielmehr der Effect einer derartigen, nach dem Tode des Ulrich Georg v. B. annoch für wirksam erklärten und realisirten Festsetzung mit dem Ueberleben des gedachten letzten Agnaten aus dem S'schen Hause gleichergestalt von selbst cessiren und aufhören müssen. Endlich verbietet sich auch 4) die provocantischer und litisdenunciatischer Seits nicht minder versuchte Gleichstellung der durch Heirath an die Familie v. B. gelangten W'schen Güter mit dem auf dieselbe Art acquirirten, jedoch durch die in der S'schen Vindicationssache unterm 21. März 1822 erfolgte Entscheidung des Reichsraths für frei erklärten Gute A.; denn die Fideicommißqualität des letzteren Gutes hat lediglich aus derjenigen mißverstandenen Bestimmung des Pacts von 1608, welche die mit den ursprünglichen Familiengütern verschmolzenen späteren Erwerbungen, nicht aber jede ohne Ausnahme, zu FFCommissen erhebt, hergeleitet werden wollen, während die fideicommissarische Eigenschaft der W'schen Güter in der Urk. v. 1760 ihren Ursprung hat, und darin, so wie in der Hinweisung auf das Pactum von 1608 ihre unerschütterliche Begründung findet. Annoch ist jedoch aus den Acten ein gewichtiger Einwand zu entnehmen, den weder Provocant, noch dessen Assistent, der Litisdenunciat, vorgebracht haben: Solcher Einwurf besteht darin, daß der Transact oder die Stiftungsurkunde von 1760 nicht auf die Hypothek der W'schen Güter eingetragen worden, ihm also nach Maßgabe der Decis. comm. v. 1717 ad Desid. Art. 13 § 2 keine rechtsverbindliche Kraft und Wirksamkeit in Bezug auf dritte Person beizumessen, eben daher aber Provocant, als Käufer W.'s, gegen die Ansprüche des Pro-

vocaten gesichert sein möchte. Die Triftigkeit des Gesagten läßt sich im Allgemeinen durchaus nicht in Abrede stellen; es leidet jedoch bewandten Umständen nach auf den vorliegenden Fall keine Anwendung Die bezogene commiß. Decision von 1717 a. a. O. gebietet nämlich die gerichtliche Besicherung nur zu dem Zwecke „ut unusquisque sciat, quaenam sit praediorum singulorum conditio"; man darf deshalb folgern, daß, wo dieser Zweck auf andere Art erreicht werde, die Intabulation in den betreffenden Hypothekenbüchern nicht unbedingt erforderlich sei, oder das Verbot des Verkaufes eines Grundstücks, dessen Verpfändung rc., kurz jeder Alienation im weitesten Sinne, auch ohne daß die darüber aufgenommene Urkunde ingrossirt worden, sich gegen jedermann wirksam äußere, dem die veränderte conditio des praedii vollkommen bekannt geworden. Der provocantische Graf K. hat aber nicht geleugnet und leugnen können, daß ihm die v. B'schen Familienverträge, namentlich das Pactum v. 25. Novbr. 1608 und der quoad passum concernentem in dem Kaufbriefe über C. allegirte Transact vom 9. Juli 1760 genau bekannt gewesen; die mangelnde gerichtliche Besicherung des letztern auf W. dürfte mithin den Verkauf der gedachten Güter an ihn ebensowenig legalisiren, als überhaupt aus Handlungen, welche durch Gesetze oder Verträge untersagt, und dessen ungeachtet wider besseres Wissen unternommen worden, für die Handelnden irgend welche Rechte erwachsen können, wie denn auch der Provocant sich dessen sehr bewußt gewesen zu sein scheint, weil er sich entgegengesetzten Falls von den Verkäufern der W'schen Güter keine Eviction würde haben präſtiren lassen.

Gesetzt indessen, dem wäre nicht so, sondern die gerichtliche Besicherung einer jeden, die conditiò eines Grundstücks alterirenden Urkunde zur Gültigkeit und Wirksamkeit derselben gegen dritte Personen unerläßlich, so ist die mangelnde Corroboration der Stiftungsurkunde von 1760 durch die auf W., vor dem Verkaufe dieser Güter an den Provocanten bewerkstelligte Ingrossation des sog. Ablieferungsvertrages vom 5. Janr. 1814 vollkommen ersetzt und nachgeholt, indem es wörtlich darin heißt: „In den d. d. Mitau d. 9. Juli 1760 u. s. w." einfolglich diejenigen Bestimmungen der Urk. v. 1760, welche deducirtermaßen die Stiftung eines FFC. involvirt, ihrem ganzen Umfange nach aufgenommen und für rechtsverbindlich anerkannt worden, ein referens aber auch absque relato alsdann vollständigen Beweis liefert und Effect äußert, wenn es den Inhalt des relati angiebt oder durch sich selbst klar ist (Thibaut System der Pand. § 1178, Claproth Einleitung in den ordentlichen Proceß § 234, Leyser meditatt. spec. 264 med. 2). Vorstehendes reicht hin zur Constatirung dessen, daß die Urk. von 1760 die W'schen Güter und die C'sche Pfandsumme mit Bestande Rechtens einem fideicommisserischen Nexus unterworfen hat ꝛc., und es kann zur Beantwortung

ad II. der Frage geschritten werden: ob der provocatische Philipp v. B. zu den mehrgenannten Objecten des durch den Transact von 1760 gestifteten Fideicommisses berechtigt sei? Diese Frage ist, sofern von dem Rechte an sich, und nicht von der Verwirklichung, von der factischen Ausübung desselben, d. i. von dem Successionsrechte, nicht von der Successionsordnung, die Rede ist,

unbedingt zu bejahen, denn da das Pactum von 1608 sämmtliche Agnaten der Familie v. B., je nachdem sie die festgesetzte Erbfolgeordnung treffen würde, zur Succession beruft ꝛc. und der Transact von 1760 diese Bestimmung adoptirt ꝛc., so folgt nothwendig, daß Provocat, welcher nicht nur anerkannt zu den Agnaten des mit dem Ulr. G. v. B. ausgestorbenen S'schen Hauses gehört, sondern auch schon durch seinen Namen und sein Wappen als Glied der Familie v. B. legitimirt wird, in jener Disposition ebenfalls bedacht, und eventualiter, d h. unter der Voraussetzung zum Antritte der oder zur Succession in die W'schen Fideicommißgüter berufen sei, daß er nach der bestimmten Erbfolgeordnung der Nächstberechtigte geworden. Zur Zeit ist er es aber noch keineswegs, wie bereits in dem frühern diesgerichtlichen Urtheile v. 29. Mai 1836 so ausführlich gezeigt worden, daß hier eine zusammengedrängte Recapitulation vollkommen ausreicht: — — a) mindestens in der männlichen Descendenz des weil. Ulr. Joh. v. B. auf P. Personen existiren, welche, zufolge der von der allgemeinen Versammlung des Reichsraths unterm 22. März 1822 in der S'schen Vindicationssache getroffenen Entscheidung, wegen näheren Verwandtschaftsgrades und Agnationsverhältnisses zu dem weil. Ulr. Georg v. B. auf S., sich eines Vorzugsrechts erfreuen, und ihn, den Provocaten, von dem Besitze der nachgelassenen Güter des Ulr. Geog v. B. auf S. ausschließen; b) eine Verzichtleistung der näher Berechtigten, vermöge deren Provocat der Nächstberechtigte geworden, nicht stattgefunden, indem solche weder in der Neutralitätserklärung der übrigen Stammvettern liegt, noch auch

durch die unterlassene Anmeldung ihrer fideicommissarischen Ansprüche bei Gelegenheit dessen, als das Proclam des Creditvereins dazu aufforderte, ausreichend und apodictisch bekundet worden, wie solches durch einen mit den gewöhnlichen Förmlichkeiten ausgebrachten und durchgeführten Edictalprovocationsproceß sein können; — c) die sog. Privationsclausel in dem Pact von 1608 zwar diejenigen, welche Familiengüter verkaufen würden, ihrer Successionsrechte für verlustig erklärt, und daher auch den Verkäufern der W'schen Güter ihre fideicommissarischen Anrechte darauf entziehen, gleichwohl aber hieraus um deshalb nichts zu Gunsten des Provocaten resultiren dürfte, weil einestheils außer den Verkäufern W's und deren Erben auch andere näher berechtigte v. B'sche Familienglieder vorhanden sein mögen, und anderntheils der Provocant selbst den Verkauf der W'schen Güter als einen nichtigen Act angefochten, ja sogar den wirklichen Abschluß desselben bezweifelt hat, einfolglich aus diesem Geschäft sich keine Vortheile zuschreiben kann. Hiernach stellt sich das von ihm geltend gemachte Klagerecht als ein durch die Existenz von Näherberechtigten annoch in der Schwebe gehaltenes, als ein noch nicht geborenes und exigibles dar; es mangelt ihm zur Zeit noch an derjenigen Eigenschaft, welche allein zum wirklichen, stiftungsmäßigen Erwerbe der W'schen Güter und der C'schen Pfandsumme berechtigt; und es competirt ihm zur Zeit nichts, als

ad III. die jedem Fideicommiß-Anwärter eo ipso zustehende Befugniß, Sicherheitsmaaßregeln zu ergreifen, welche die dereinstige Realisirung des annoch in suspenso befindlichen Rechts möglich machen (v. Salza § 52 fg.).

Die auf W. bewerkstelligte Corroboration der Urkunde vom 9. Juli 1760 bezweckt und bewirkt nun aber eine solche Sicherstellung; Provocat hat also durch diese Handlung nur von seinem Rechte Gebrauch gemacht, und folglich nach dem Grundsatze: „Qui iure suo utitur, neminem laedit“, dem Provocanten keine wirkliche, keine derartige Verletzung zugefügt, daß ihr richterlich Abhülfe werden müßte, d. i. seinem Antrage gemäß die Deletion der besagten Stiftungsacte verfügt werden könnte. Freilich hat derselbe behaupten wollen und darzuthun gesucht, daß er gegen die Ansprüche des Provocaten nicht bloß vorläufig und zur Zeit, sondern für immer um deshalb geschützt sei, weil nicht nur dem Transacte von 1760 durch Ausantwortung der W'schen Güter und der C'schen Pfandsumme in Allem die erforderliche Genüge geleistet worden, sondern auch er, der Provocant, hinterher die besagten Güter bona fide et iusto titulo acquirirt und während der Verjährungszeit ungestört besessen, imgleichen Provocat sein etwaniges Klagerecht durch Exstinctivverjährung eingebüßt habe ꝛc.; wenn jedoch von der Verjährung überhaupt nur unter der, wie angezeigt worden, in casu nicht zutreffenden Voraussetzung die Rede sein könnte, daß Provocat schon vor dem ein zu verfolgendes Klagerecht gehabt, oder m. a. W. zur Zeit des weil. Ulr. Georg v. B. auf S. dessen nächstberechtigter Agnat gewesen, oder doch in Folge des stattgehabten Verkaufs der W'schen Güter, wodurch die Verkäufer sich ihrer Successionsrechte verlustig gemacht, nächstberechtigter Agnat geworden, wenn ferner zur Ersitzung per usucapionem et longi temporis praescriptionem iustus titulus, bona

fides ɾc. nicht ausreichen, sondern überdies auch eine der Ersitzung fähige Sache erfordert wird, und dahin solche Sachen, welche Gegenstand eines Vermächtnisses, eines Fideicommisses sind, oder deren Veräußerung im Testamente oder in Erbverträgen untersagt worden, wie doch rücksichtlich der W'schen Güter durch Hinweisung auf das Pactum v. 1608 implicite geschehen, nicht gehören (L. 3 § 3 C. 6, 43., L. 2 C. 7, 26. Thibaut § 1028), und wenn endlich die Gerechtsame der Fideicommiß=Anwärter W's auf dem Erbrechte beruhen, und mithin ein wider den Besitzer geltend zu machendes ius in re involviren: so rechtfertigt und motivirt sich allem diesem, so wie auch demjenigen nach, was quoad II. et III. bereits in dem früheren diesgerichtlichen Urtheile vom 29. Mai 1836 gesagt worden, die hiermit dahin gehende Entscheidung: daß der provocatische Philipp v. B. auf B. zwar mit seiner gegen den provocantischen Grafen K. angestrengten Klage, insofern solche auf die Herausgabe der W'schen Güter an ihn gerichtet ist, wegen der ihm zur Zeit noch mangelnden Activlegitimation zur Sache oder des Nichtvorhandenseins derjenigen Bedingung, an welche das Einrücken in den Besitz der besagten Güter geknüpft worden, angebrachtermaßen, desgleichen mit der Verforderung der C'schen Pfandsumme, in sofern solche wider denselben Grafen K. formirt worden, um deshalb gänzlich ab= und zur Ruhe verwiesen sein solle, weil Letzterer die qu. nach dem Tode des Ulr. Georg v. B. auf S. an dessen nächste Agnaten auszukehrende Pfandsumme, belehre des bereits oben bezogenen, und mindestens rücksichtlich der Contrahenten für ihre Person gültigen Abliefe=

rungsvertrages vom 5. Januar 1814, corroborirt d. 9. Janr. 1815, auch wirklich den nächsten Agnaten, d. i. dem dafür durch Allerhöchste Entscheidung anerkannten Ulr. Joh. v. B. auf P. ausgeantwortet, mithin seiner Verpflichtung vollständig nachgelebt hat; daß aber, weil Provocat schon vermöge seines Namens und Wappens zu den Anwärtern des W'schen Fideicommisses, d. h. zu denjenigen gehört, deren eventuelles und annoch suspendirtes Erbfolgerecht beim Ausscheiden näher berechtigten Agnaten re vera in's Leben treten und ausgeübt werden mag, derselbe wohlbefugt gewesen, die auf dereinstige Realisirung der ihm möglicherweise deferirten Succession abzielenden und dazu geeigneten Sicherheitsmaaßnehmungen zu ergreifen, also auch den Transact von 1760 auf die Hypothek von W. corrobiren zu lassen, einfolglich die von dem Grafen K. petirte Deletion solchen Transacts nicht nachgegeben werde könne ꝛc."

9.

Urtheil des r . . ischen R. in Appellationssachen der Erben des Conditors L. B., Appellanten, wider die verwittwete Aeltestin J. S., Appellatin, vom 8. Mai 1846.

Schulden der Subaltern-Officiere — Berücksichtigung der von der Unterinstanz nicht beachteten Einreden — Documente auf gewöhnlichem Papier — Haftung des Erben — Verzicht auf die Erbschaft — Rechte der Kinder am Nachlaß ihres verstorbenen Parens bei Lebzeiten des andern.

Appellantische Erben haben von Appellata, als Erbin ihres Sohnes, des weiland Junkers der Leib=Garde zu Pferde W. S., 87 R. 90 Cop. S. gefordert, unter Exhibirung einer Rechnung über 16 R. 90 Cop. S. und einer auf ordinairem Papier geschriebenen Bescheinigung defuncti S. über eine Schuld von 71 R. S., wogegen von Appellata excipirt worden:

1. daß der Schuldschein nicht auf Stempelpapier geschrieben sei,

2. daß die Gesetze nicht gestatteten, einem Junker etwas zu creditiren, und

3. daß Appellata keinesweges im Besitz des Vermögens ihres Sohnes sich befinde.

Forum a quo hat die zweite Einrede schon für genügend erachtet, um die Appellanten abzuweisen, und deshalb eine Erörterung der übrigen Exceptionen in der Entscheidung für überflüssig gehalten; worauf die Appellanten ihre Gravamina dahin gestellt haben, daß sie mit ihrer Klage ab= und zur Ruhe verwiesen, zum Kosten=Ersatz condemnirt und überhaupt wie geschehen erkannt worden.

Anlangend nun die ad 2. erwähnte Einrede, so stützt selbige sich auf das Militair=Reglement für den Feld=Infanterie=Dienst, § 1, Hauptstück 27, Theil 12, woselbst allen Subaltern-Officieren geboten wird, keine Schulden zu contrahiren und keine Waaren auf Credit zu nehmen. In der Anmerkung zu diesem § ist außerdem bestimmt, daß dieselbe Vorschrift auch für Unterofficiere und Soldaten gelten solle, mit der Modification, daß für selbige, wenn sie Schulden machen, nichts bezahlt werde, während bei Subaltern=Officieren die Regiments=Commandeure

verpflichtet sind, deren Schulden durch gesetzliche Abzüge von den Gagen zu berichtigen.

Das Reglement für den Feld-Infanterie-Dienst kann indessen keine Norm zur Beurtheilung einer Schuld abgeben, die von einem Junker der Garde zu Pferde contrahirt worden ist. Abgesehen davon, enthält jenes Gesetz auch nur die Bestimmung darüber, in welchen Fällen die Regiments-Commandeure verpflichtet sind, die Schulden der Militairs aus deren Gagen zu bezahlen, wodurch den Creditoren derselben keinesweges das Recht genommen wird, ihre Befriedigung aus dem anderweitigen Vermögen dieser Subaltern-Officiere, Unter-Officiere oder Soldaten, falls sie außer ihren Gagen dergleichen besitzen, zu verlangen.

Diese Einrede giebt demnach keinen Grund, die Kläger und resp. Appellanten abzuweisen; sie ist vielmehr als ganz unrechtfertig zu verwerfen.

Dennoch ist sententia a qua, in so fern sie die Kläger unter Condemnirung zum Kostenersatz ab- und zur Ruhe verweis't, zu bestätigen, und zwar auf den Grund der übrigen ad 1 u. 3 erwähnten Exceptionen. Ob aber diese Einreden in der Oberinstanz in Erwägung gezogen werden können, während in foro a quo hinsichtlich ihrer gar nichts statuirt worden ist, — der Zweifel wird dadurch gehoben, daß Appellanten auf eine desfallsige Vervollständigung der unterrichterlichen Entscheidung eben so wenig, als Appellata instantiirt haben. Es ist von appellantischen Erben in fraglicher Hinsicht vielmehr lediglich auf die Voracten Bezug genommen und ausdrücklich gebeten worden, die sämmtlichen gegnerischen Einreden zu verwerfen, und haben sonach Appellanten hinsichtlich die-

ser Exceptionen, stillschweigend auf ein Erkenntniß in foro a quo verzichtend, der oberrichterlichen Entscheidung sich unterworfen, die unter solchen Umständen um so unbedenklicher erfolgen muß, als die Rechtfertigkeit jener Einreden klar zu Tage liegt. Denn

ad 1 ist in den §§. 33 u. 36 des Ukases vom 24. November 1821 unbedingt vorgeschrieben, alle Documente und Papiere, welche ihrer Natur nach gerichtlicher Beprüfung unterzogen werden müssen, nicht zu berücksichtigen und hinsichtlich ihrer keine Verhandlung stattfinden zu lassen, wenn sie nicht auf Stempelpapier geschrieben sind. Ein Document erwähnter Art ist unstreitbar die von den appellantischen Erben exhibirte Bescheinigung über 71 Rbl. S., die, auf gewöhnlichem Papier geschrieben, kein zu berücksichtigendes Klagefundament abgeben kann, wenn auch die Forderung selbst durch den Mangel jenes gesetzlichen Erfordernisses keineswegs annullirt wird, und dem Inhaber eines solchen Documentes unbenommen bleibt, bei gehörigem Erweis der Richtigkeit jener Forderung sein Recht anderweitig zu prosequiren.

In vorliegendem Fall kann solches den Appellanten jedoch nicht frommen, da sie ad 3 Apellatin als Erbin ihres Sohnes in Anspruch genommen haben, diese ihre Qualität zu erweisen aber nicht im Stande gewesen sind.

Appellanten vermeinen zwar, daß Appellata als Erbin ihres Sohnes zu betrachten sei, weil sie auf seinen Nachlaß bei der competenten Behörde nicht verzichtet habe. Appellata hat jedoch geleugnet, daß ihr Sohn irgend etwas nachgelassen, und die Appellanten haben we-

der das Gegentheil erwiesen, noch docirt, daß Apellata überhaupt als Erbin ihres Sohnes sich gerirt habe. Sie haben nicht einmal dem zu widerspechen vermocht, daß Appellata, wie sie behauptet, die Kosten für die Beerdigung ihres Sohnes ex propriis bestreiten müssen, weil er ganz mittellos verstorben sei. Daß aber Appellata nicht nöthig hatte, auf einen gar nicht vorhandenen Nachlaß ausdrücklich zu verzichten, versteht sich ohne Weiteres von selbst, und ist daher aus dieser etwa nicht verlautbarten Renunciation durchaus nichts Ersprießliches zu folgern. Die Appellanten glauben demnächst, ihre Gegnerin auch deshalb als Erbin ihres Sohnes in Anspruch nehmen zu können, weil nach dem Tode ihres Ehegatten Appellata und ihre Kinder denselben gemeinschaftlich beerbt hätten, und der Erbantheil ihres Sohnes nunmehr, nach dessen Ableben, ihr durch Erbrecht zugefallen sei. Die Vorschriften der Stadtrechte, welche Appellanten für diese ihre Meinung anführen, sind von ihnen aber ganz willkürlich und falsch gedeutet worden. Denn, wenngleich die zwischen beiden Ehegatten bestandene Gütergemeinschaft nach dem Tode des Ehemannes von der Wittwe und ihren Kindern fortgesetzt wird, wie die Appellanten anführen, und in dieser Hinsicht beide als Erben defuncti bezeichnet werden mögen, so ist doch das Recht der Kinder an dem Gesammtgute, so lange keine Abtheilung geschehen, nur einem Erbrechte an dem *künftigen Nachlaß* des *überlebenden Ehegatten* gleichgestellt, wie sich schon daraus ergiebt, daß die Kinder nur ein Anrecht auf Unterhalt, Aussteuer und dergleichen haben, zu einer Theilung des Nachlasses den überlebenden Ehegatten aber nicht

zwingen können, so lange er nicht zu einer zweiten Ehe schreitet. (§ 1. Tit. 5 Lib. IV. Stat. Rig.)

Daraus folgt, daß der Antheil der Kinder in der That nur ein ideeller, und ihr Erbrecht an den Nachlaß nur ein eventuelles ist, das dann erst sich verwirklicht, wenn der überlebende Gatte zur zweiten Ehe schreitet, mit den Kindern sich abtheilt, oder verstirbt. Ehe und bevor einer dieser Fälle eingetreten, können daher die Kinder über ihren Antheil an dem elterlichen Vermögen weder unter Lebenden, noch auf den Todesfall verfügen, mithin auch selbigen nicht mit Schulden belasten, was offenbar gestattet sein müßte, wenn die Wittwe nach dem Ableben eines noch unabgetheilten Kindes gezwungen werden könnte, dessen Schulden aus dem von ihrem Ehemanne hinterlassenen Vermögen zu bezahlen.

Ist demnach auch der Antheil des appellantischen Sohnes an dem väterlichen Nachlaß nach den Worten der rigischen Stadtrechte (Tit. 4 § 6 l. c.) „auf den gemeinen Haufen verfallen", so spricht doch solches keineswegs zu Gunsten des Appellanten, indem dieses Gesetz nur dahin interpretirt werden kann, daß das dem Kinde zuständige eventuelle Erbrecht vollkommen erlöschen muß, wenn das Kind vor dem überlebenden Ehegatten unabgetheilt und unbeerbt verstirbt, wie solches in casu mit dem Sohne der Apellata der Fall gewesen ist.

Appellata kann daher weder aus dem einen noch aus dem anderen appellantischer Seits angeführten Grunde als Erbin ihres Sohnes betrachtet, und deshalb zur Bezahlung seiner Schulden nicht verpflichtet werden, und müssen sonach die ad 1 u. 3 erwähnten Einreden für zu

Recht beständig erachtet werden, so ist appellantisches Theil unter Bestätigung sententiae a qua mit seiner Ansprache abzuweisen, als succumbirendes Theil zum Ersatz der moderirten Kosten zu condemniren, und überall, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

10.

Bescheid des r . . ischen Rathes in Querelsachen der Frau Titulairräthin Julie R., geb. B., Querulantin, wider den Kaufmann Jacob B., Aeltesten der Schwarzenhäupter, Querulaten, vom 3. April 1842.

Das Einlösungs= und Näherrecht in Betreff öffentlich versteigerter Immobilien — Befugniß der Ehefrau dazu — Bedeutung des Ausdrucks „Freunde" im rigischen Stadtrecht.

Querulantisches Theil findet sich an seinem Rechte gravirt:

1. weil erkannt, daß es mit seiner auf den Grund eines ihm zuständigen Näherrechts prätendirten Einlösung des dem Ehemanne der Querulantin zugehörigen, allhier in der Stadt, an der Königsgasse sub Pol Nr. 51 belegenen Wohnhauses abzuweisen sei; und daß

2. dem Einzahler des zum Behuf solcher Reluition zu Gericht gebrachten Geldes der Wiederempfang desselben offen gelassen worden.

Diese Gravamina sind nicht unstatthaft, denn Frau

Querulantin wird mit ihrem Näherrechtsanspruche definitiv abgewiesen, weil sie nicht dargethan habe, daß sie als die Ehefrau eines Kronsbeamten mit demselben in Gütergemeinschaft stehe, und weil sie nicht dargethan, daß sie eine Blutsverwandte, eine Cognata, ihres Ehemannes sei.

Käme es jedoch überall hier auf den Beweis dieser zwei Momente an, so hätte, scheint es, um die Rechtswohlthat des Beweises nicht abzuschneiden, wohl eher auf ihn decretirt, als die gemeinschuldnerische Ehefrau sofort mit einem für sie so wichtigen Anspruche abgewiesen werden dürfen, zumal da decretum a quo selbst zugiebt, daß dennoch das Eine, wie das Andere in casu stattfinden möge, nur nicht zu präsumiren sei

Allein in der That kommt es bei der Reluition eines subhastirten Immobilis auf die desiderirte Communio bonorum durchaus nicht an. Denn das bezügliche Gesetz der rigischen Stadtrechte, nur vom Schuldner und dessen nächsten Freunden sprechend, macht hier weniger als irgend wo die Gütergemeinschaft zur Bedingung. Wird sie auch sonst in unserm particulären Stadtrechte expresse nirgends genannt, sondern mehr als Gewohnheitsrecht angenommen und vorausgesetzt, so kann doch hier diese Supposition am allerwenigsten geltend gemacht werden, denn welche Gütergemeinschaft haben etwa „die nächsten Freunde" des Schuldners mit dem Schuldner? – Und doch haben sie das Näher- und Einlösungsrecht nach den klaren Gesetzesworten.

Es sagt nämlich Lib. II. Tit. 32 § 10 Stat. Rigens. von Wort zu Wort:

„Es stehet auch dem Schuldner, oder dessen nächsten

„Freunden — das angebotene Haus oder Erbe zu re-
„luiren, und das gebotene Geld zu Gericht zu legen
„frei, jedoch daß sie auch zugleich, daß sie dasselbe vor
„sich selbst kaufen, eidlich erhalten sollen ꝛc.“

Nicht also communio bonorum ist der augenschein-
liche Grund des Gesetzes, sondern der nähere Verwandt-
schaftsgrad, wenn Freunde, d. h. Verwandte der Familie
des Schuldners sich zur Reluition eines Immobilis an-
schicken, damit das Erbe wo möglich in der Familie bleibe
und nicht ad extraneos übergehe, und certiren mehrere der
Freunde und Verwandten, so entscheidet das Gesetz zu
Gunsten des nächsten Freundes

Der Schuldner selbst aber gehet allen nächsten
Freunden vor, sie seien Cognaten oder Agnaten oder
Schwägerschafts-Verwandte, affines; mit dem Schuldner
selbst wiederum hat ex identitate, ex coniunctione persona-
rum, die Ehefrau ein und dasselbe Recht, mit ihm zumal
wenn er, wie in casu, durch Mitunterschrift der Vollmacht
sein Recht ihr, welche Kraft der Ehe mit ihm als eine
Person zu erachten ist, zu exerciren überläßt und ihre
gerichtlichen Schritte ratihabirt. „Die Ehe, sagt das
Gesetz, ist die Genossenschaft des ganzen Lebens, wodurch
der mit dem Weibe verbundene Mann mit ihr das gött-
liche und menschliche Recht gegenseitig sich mittheilt und
gemeinschaftlich besitzt.“ „Nuptiae sunt coniunctio maris et
feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iu-
ris communicatio.“ L. I. D. de ritu nuptiar. Daher
sagt auch Nov. 117 cap. 5.: „Si vero talis mulier filios
„ex eo non habuerit, iubemus etiam dominii iure ha-
„bere eam res, quae ex viri facultatibus ad eam venire

„per praesentem iussimus legem“, d. h. „Hat aber eine „solche Frau keine Kinder mit dem Manne, so befehlen „wir, daß sie mit Eigenthumsrecht alles das besitze, was „ihr kraft dieses Gesetzes aus des Mannes Vermögen „überkommt.“ Daher heißt es auch in den Instit. Tit. de Scto. Tertulliano § 5: „Nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi — „si quidem solae sorores agnatae vel cognatae,“ d. h. „Uns leuchtet es ein, daß die Mutter allen nächsten Freunden — wenn nämlich nur Schwestern als Agnaten oder „Cognaten concurriren, – geradezu und schlechthin vorgezogen werden muß.“ Um wie viel mehr muß dies in einem Falle geschehen, wie der vorliegende, wo gar keine Cognaten oder Agnaten, i. e. Blutsfreunde, mit der Mater familias concurriren, von welcher L. 195 § 5 D. sagt: „Mulier autem familiae suae et caput et finis est,„ — d. h. „Die Frau ist ihrer Familie Anfang und Ende.“

Und das ist es eben, was das Gesetz unter dem Worte „des Schuldners nächste Freunde“ versteht. Allerdings müssen Privilegien stricte, d. h. genau nach ihrem Wortsinne, ausgelegt werden. Die wörtliche Interpretation erlaubt aber nicht dem Genus „nächste Freunde des Schuldners“ die Species „nächste Blutsfreunde des Schuldners“ unterzustellen. Diese Interpretation hat wider sich den genauen Sprachgebrauch aus der Zeit der Redaction unseres dermaligen rigischen Stadtrechts. Denn wo zum Beispiel offenbar von Verwandten im Allgemeinen, und nicht bloß von Blutsverwandten oder Blutsfreunden die Rede ist, und wo das Wort „Freund“ einen Doppelsinn geben könnte, da wird, wie in L. 1 § 4 („der wortfüh-

führende Bürgermeister soll in seiner Verwandten Sachen weder Citationes verhangen 2c.) eben dieses Wort gebraucht.

Ist aber wirklich von Blutsverwandten die Rede, wie Tit. VIII. der Willkühr („Demnach sich etwa begiebet, daß etliche sich mit ihren nahen Blutsverwandten befreien"), so ist auch dieses Wort zu lesen, wogegen aber unmittelbar vorher es heißt: „So Jemand eine Frau oder eine Jungfrau zur Ehe beredet sonder Wissen und Willen ihrer Freunde (vrunde) 2c.", denn es sind nicht immer Blutsfreunde — auch der Stiefvater, die Stiefmutter 2c., der Rathsfreund 2c., können in solchem Falle die autorisirten Personen sein. — Wo aber Blutsfreunde oder Blutsverwandten ausdrücklich gemeint sind, da werden sie expresse so genannt, wie L. III. Tit. 1 § 5, die Verehelichung mit Blutsfreunden näher als im dritten Grade verbietend.

Andere Beweisstellen daß „nächste Freunde" oder „nächste Anverwandte" nicht auf Blutsfreunde oder Blutsverwandte beschränkt wird, sind

Lib. III. Tit. IV. § 2, daß der nächste Anverwandte auch der nächste zur Vormundschaft;

ibid § 3 daß den Unsinnigen aus den nächsten Anverwandten Curatores zu bestellen, und daß die also angeordneten Freunde ex cupla verantwortlich;

ibid § 4 daß weder Mann, noch Frau ohne der Erben Urlaub stehendes Erbe vergeben sollen; — wo also das praesumtive Erbrecht das Criterium ist, was aber beim Näherrecht gerade nicht der Fall zu sein braucht, obschon die kinderlose Frau nach Stadtrechten allerdings

ein ganz vorzügliches Erbrecht hat; wogegen Lib. III. Tit. XI. § 4 die coniunctio personarum der Eheleute, ihre communicatio divini et humani iuris" anerkennt, verbis: „was beide Eheleute kaufen ꝛc." — dann aber wieder von Erben und nicht von nächsten Freunden im Einklang mit dem nur alleg. 4 § des 4. Tit. spricht. Dagegen kommt

Lib. IV. Tit. 6 §§ 1 und 2 das Wort „nächste Verwandte" und „nächste Freunde" vor in ausdrücklicher Beziehung auf Erbrecht, und kann an dieser Stelle eben deshalb auch nur vom Erbrecht verstanden werden. Wohl aber kann argum.

Lib. III. tit. XI. § 8 mit Vorwissen des Mannes die Frau gültig kaufen, was er zu kaufen ihr verstattet. Heißt es daher nach c. 68 de regulis iuris in 6to: „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum", d. h. „Was Jemand durch sich selbst thun kann, das kann er auch durch einen andern;" und ist nach l. 195 D de Verb. sign.: „Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigendum" d. h. „Was im männlichen Subjectsworte ausgedrückt wird, das gilt mehrentheils auch in Beziehung auf ein weibliches Subject" — und ist dieser Grundsatz auch auf dasjenige zu beziehen, was der Mann durch die Frau thut, so ist kein Grund vorhanden, der Frau des Schuldners zu versagen, kraft einer vom Manne mitunterzeichneten Vollmacht, durch Einlösungskauf ein Näherrecht zu exerciren, das ihm und ex coniunctione personae et iuris mithin auch ihr zustehet; und zwar um so weniger, als die hier in Anwendung zu bringende und genau nach den Wor-

ten zu interpretirende Stelle der Stadtrechte ausdrücklich sagt: „Thäte Er oder Sie solches nicht, — so wird der Meistbietende ein Herr des Pfandes unwiderruflich" und als auf die Ehefrau, nach ihrer vom Gesetz anerkannten Abhängigkeit vom Willen des Ehemanns, in dieser Acquisition zur Anwendung vom Tit. Inst. Per quas personas nob. obl. acqu. verbis: „non solum per nosmet ipsos, sed per eas quoque personas, quae in nostra potestate sunt, adquiri nobis," d. h. „wir machen Acquisition nicht bloß durch uns, sondern auch durch die von unserer Willensmacht abhängigen Personen" — auch noch außerdem ein Grund vorwaltet, der zugleich für den Rechtsbestand der querulantischen Beschwerden wider decretum a quo ebenfalls spricht.

Solchemnach ist in Allem wie geschehen, zu erkennen gewesen und zwar mit Compensation der Kosten, da querulatisches Theil decretum a quo für sich hat.

11.

Urtheil des r . . ischen Rathes in Appellations-Sachen des Kaufmanns zweiter Gilde Eduard F., Appellanten, wider den Buchbindermeister Gotthard K., Aeltesten der kleinen Gilde, Appellaten, vom 19. Juni 1840.

Miethvertrag — Kündigung — stillschweigende Relocation.

Appellantis Gravamina bestehen in Nachfolgendem: Grav. 1. daß derselbe mit seinem Antrage wegen Los-

kündigung sämmtlicher in seinem Miethbesitz befindlichen Räumlichkeiten, mit Ausnahme des am 1. März contractmäßig im Termin aufgekündigten Parterre=Locals, abgewiesen, und

Grav. 2. daß bei der am 15. Novbr. v. J. unterlassenen Kündigung der übrigen Locale solche als auf eine abermalige Jahresfrist nach Verlauf des gegenwärtigen Miethjahres relocirt angesehen werden sollen.

Diese Gravamina sind nach wörtlicher positiver Gesetzesvorschrift für gerechtfertigt zu erachten, wenngleich Sententia unde sich auf eine behauptete allgemein geltende Rechtsregel stillschweigender Relocation gründet, und wie in obigen Beschwerdepunkten angeführt wird, entscheidet, ohne jedoch die Existenz jener angeblichen, aber bestrittenen Regel, namentlich in Beziehung auf Wohnungsmiethe, irgend nachgewiesen zu haben.

Das rigische Stadrecht schreibt Lib. III. Tit. 12 § 2 unbedingt vor: „Es soll nach alter Gewohnheit ein „jeder seinem Heuerling ein halb Jahr zuvor das Ver„miethete aufkündigen, und ehe solches vergangen, ist er „zu räumen nicht schuldig."

Nach folgerechter Auslegung dieses Gesetzes ist dasselbe so für den Miether wie für den Vermiether, als anfkündigendes Theil, vermöge der Parität der Rechte unbedingt geltend, es möge über die Dauer nichts stipulirt, oder nur über die stipulirte Dauer stillschweigend hinausgegangen sein. — In jedem dieser Fälle hört das Miethverhältniß, wenn nicht ausdücklich etwas Anderes zwischen den stipulirenden Theilen abgemacht wurde, auf, sechs Monate nach der Kündigung, und nicht früher oder

später. Von einer stillschweigenden Relocation auf ein Jahr erwähnen die Stadtrechte eben so wenig, als sie einen andern term. a quo der Aufhörung des Miethverhältnisses ersehen lassen, als den der Kündigung; — „ehe „das halbe Jahr — nach der Kündigung verflossen ist," sagt das allegirte Gesetz — „ist man zu räumen nicht schuldig" — folglich ist man als Vermiether auch nicht berechtigt zu verlangen, daß der Miether, welcher sechs Monate zuvor kündigt, länger in dem gekündigten Miethverhältnisse verbleibe, als eben diese sechs Monate, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes in dieser Hinsicht zwischen Miether und Vermiether ist ausbedungen worden.

Diese Anwendung des Gesetzes kann um so weniger zweifelhaft sein, als es mit dem gemeinen Rechte, „nach welchem man sich im Urtheilen richten soll, wenn Stadtrechte und Gewohnheiten nicht zulangen," (Cap. 4 L. II. Stat. Rig.) vollkommen übereinstimmt.

Die in der Appellationsrechtfertigung allegirte L. 13 § 11 Dig. loc. cond., mit der auch L. 14 ibid. und L. 16 C. eiusd. tit. in Uebereinstimmung sind, statuirt nur von Landgüter-Pachtungen: „Qui impleto tempore conductio- „nis remansit in conductione, reconduxisse videbitur," „d. h. wer nach Ablauf der contractlichen Zeit in der „Pacht verblieb, wird angesehen, als habe er neuerdings „gepachtet," jedoch nur auf ein Jahr und nicht auf die ganze Reihe der stipulirten Pachtjahre — wie der Zusatz beweist: „taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem relocationem renovasse," d. h. „daß durch Stillschweigen die Pacht sich

„erneuere, ist nur für das laufende stillschweigend ange=
„tretene Jahr zu verstehen rc."

Dahingegen bewahrt sich das alleg. Gesetz im unmittelbaren Nachsatz dagegen, daß bei Hausesmiethe irgend eine auf die Folgezeit selbst nur eines laufenden Jahres sich erstreckende Relocation dürfte angenommen werden:

„In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut
„prout quisque habitaverit, ita obligatur, nisi in scri-
„ptis certum tempus conductionis comprehensum est,"
d. h. „Bei Hausesmiethe treten andere Rechtsgrundsätze
„ein. Der Miether ist auf eine längere Zeit nicht ver=
„pflichtet, als er gewohnt hat, wenn nicht eine bestimmte
„Miethfrist abgemacht worden."

Wenn also nach römischem Rechte „so oft die still=
„schweigende Erneuerung bloß dadurch, daß der Vermie=
„ther die Fortsetzung des bisherigen Zustandes leidet, ge=
„schehen ist, das Verhältniß zu jeder Zeit aufgerufen
„werden kann:"

wenn davon die Stadtrechte nur in sofern abweichen, als sie das Aufhören des Mieth=Verhältnisses nicht anders eintreten lassen, als sechs Monate nach geschehener ausdrücklicher Kündigung: so wäre es offenbar gegen das Gesetz, wenn Jemand, der seine Jahresmiethe halbjährlich in bestimmten Terminen vorauszubezahlen sich verpflichtet, eilf Monate und darüber in dem Verhältnisse beharren soll, bloß weil er zum zweiten und nicht zum ersten ursprünglichen Zahlungstermine kündigte.

Der hier vorliegende Fall ist aber gerade ein solcher, wie eben erwähnt worden. — Appellant hat zu Anfange des Jahres 1830 von Appellaten das erste und zweite

Stockwerk seines Hauses zufolge mündlicher Verabredung, die eine Etage am 1 Febr. und die zweite am 15. Mai, gemiethet, ohne Kündigungsfrist und nur mit der Bedingung in Betreff des Kündigens: daß der Vermiether weder solle kündigen, noch die Miethe erhöhen dürfen. — Im Februar des folgenden 1831. Jahres findet eine Liquidation statt, und Appellant verpflichtet sich für alle seine Wohnungen am 15. Mai und 15 Novbr. die halbjährige Miethe mit S. R. 310 zu zahlen.

Nachdem 6 Jahre später laut schriftlichem Contract beider Theile vom 9. Septbr. 1837 auch noch ein Parterrelocal gemiethet und darin stipulirt worden: „Sechs „Monate vor Ablauf des jährlichen Miethtermins muß „derjenige Theil, welcher diesen Contract aufzuheben „wünscht, dem andern gehörig kündigen" — wird unterm 1. März d. J. als dem contractlichen Miethtermine des Parterrelocals, nicht nur Letzteres, sondern auch alles Uebrige früher gemiethete vom miethenden Theile zum 1. Septbr d. J. gekündigt.

Vermiether, modo Appellat nimmt diese Kündigung an für das Parterrelocal, verlangt aber, daß das Uebrige ihm ein halbes Jahr vor Ablauf des Miethjahres, nämlich am 15. Novbr. gekündigt werde, und bemerkt, daß wenn der Miether am 15. Novbr. 1839, da er für die letzte Hälfte des Jahres pränumerirte, gekündigt, so hätten beide Theile um die ungleichen Mieth-Termine sich einigen können. Durch die jetzige nicht gesetzmäßige Kündigung erwachse ihm aber ein Schade von 500 R. S.-M., indem er im November weder das Haus ausbauen, noch vermiethen könne. Um Streit zu vermeiden, wolle er die

Kündigung als gesetzmäßig am 15. Novbr. geschehen annehmen, und den Gegner am 15. Mai, als dem Ablauf seines Miethjahres, ausziehen lassen.

Den Schaden von 500 Rbl. S. M. dessen Appellat hier erwähnt, nimmt Appellant theils in Abrede, theils beruft er sich auf das ihm zur Seite stehende gesetzliche Recht, nach welchem nach Ablauf des ersten Jahres keine stillschweigende Relocation bei Hausesmiethen anerkannt, und andererseits schlechthin zur Pflicht gemacht wird, daß nicht früher als 6 Monate nach der Kündigung das Mieth-Verhältniß cessiren dürfe, aber auch keine Nöthigung vorgeschrieben sei, es über diesen Termin hinaus bestehen zu lassen.

Dem gemäß hat auch Appellant seine Kündigung am 15. Mai notarialiter wiederholt und angezeigt, daß er nach Verlauf dieser mit 300 R. S.-M. vorausbezahlten 6 Monate die Miethe der qu. zwei Stockwerke appellatischen Hauses als nicht weiter bestehend erachte.

Solchemnach und da

1. Nach L. 13 § 11 D. loc. cond. bei Hausesvermiethungen eine stillschweigende Relocation nicht angenommen werden soll, diese vielmehr ausdrücklich nur bei Pachtungen von Gütern auf dem Lande, und zwar auf nicht mehr als auf ein Jahr gelten soll,
2. nach § 2 Tit. 11 Lib. III. Stat. Rig. schlechthin nur vorgeschrieben wird, daß die Kündigung 6 Monate vor dem Räumen stattgefunden haben müsse;
3. diese gesetzliche Vorschrift aber nicht nur bei der früheren Kündigung am 1. März bis zum 1. Septbr. d. J. sondern auch bei der zweiten vom 15. Mai bis zum

15. Novbr. um so mehr als gehörig wahrgenommen erscheint, als sie jetzt im stipulirten Vorausbezahlungstermin halbjähriger Miethe geschehen ist;

4. in der schriftlichen Stipulation betreffend das Parterrelocal, daß sechs Monate vor Ablauf des jährlichen Miethtermins die Kündigung stattfinden solle, eine Anerkennung des appellatischen Behauptens so wenig zu finden ist, daß sich vielmehr annehmen läßt, beide Theile seien, eben weil dies nicht die gesetzliche Bestimmung, bedacht gewesen, sie ausdrücklich als besondern § in den Contract, betreffend das Parterrelocal, aufzunehmen; auch

5. die in Sententia a qua dem appellatischen Vermeinen beipflichtende Regel, ohne Nachweisung einer gesetzlichen Quelle, als wirklich bestehende Regel nicht angenommen werden kann, weil sie dem positiven Gesetz vielmehr widerstrebt, und als etwanige Observanz nicht einmal bezeichnet, geschweige erwiesen ist;

6. bei Entscheidung nach positivem Rechte mehr auf den wörtlichen Sinn des Gesetzes, als auf etwanigen Nachtheil, den ein Theil dabei zu erleiden vorgiebt, zurückzusehen ist; zumal wenn der andere Theil, hierauf nicht eingehend, auf die streng wörtliche Anwendung für sich bezogener Gesetze ausdrücklich provocirt;

endlich noch weniger

7. die gegenseitig vorgebrachten Anführungen von Unannehmlichkeiten, so man von einander im bisherigen Miethverhältniß vorgeblich zu erdulden gehabt, auf die Entscheidungen der Rechtsfrage als solcher von einem

Einfluß sein können, und daher mit Stillschweigen zu übergeben sind;

Als ist, wie geschehen, mit Abänderung der Entscheidung a quo und mit Uebergehung der Kosten, da deren keine designirt und ersetzt gefordert worden, zu erkennen gewesen.

12.

Auszug aus der Resolution des r . . . l'schen Rathes vom 28. Novbr. 1844 in der Nachlaß- und Testamentssache des Rathsherrn Franz Wilh. B.

Ererbtes Vermögen — Theilnahme der Wittwe des Testators an demselben.

„— — Der Herr Rathsherr Franz Wilh. B. hat in dem am 13. April 1849 coram delegatis dieses Rathes errichteten und nach seinem Ableben am 7. Mai 1843 hieselbst publicirten Testamente angeordnet, daß die von seiner verstorbenen Mutter, der Frau Consulentin Anna Marg. B., geb. S., ererbten 3500 Rbl. S. M. seinen gesetzlichen Erben, die sich als solche legitimiren werden, zufallen, daß seine Ehegattin, Frau Dorothea Christina B., geb. St., lebenslänglich in dem Besitze und in der Disposition seines unter dem langen Domberge an der Ecke der Lang- und Breitstraße sub Nr. 94 belegenen Hauses bleibe, und alle Revenüen desselben zu genießen, jedoch aus selbigen das Erbgeld durch jährliche Abträge von 300 Rbl. S. M. zu berichtigen und die

Zinsen zu vier Procent zu zahlen habe, und endlich Alles, was er außer dem Hause hinterlassen werde, erhalte, und daß nach ihrem Tode das Haus sub Nr. 94 nebst Ad- und Dependentien der Verwaltuug der allgemeinen Stadt-Cassa zufalle, um die Einnahmen zu dem in dem Testamente festgesetzten Zahlungen und demnächst, gleich den übrigen Stadtmitteln, zum Besten der Stadt R. zu verwenden, jedoch mit der Verbindlichkeit zur Berichtigung des Erbgeldes und seiner Schulden, falls seine Ehegattin zur Zeit seines Ablebens diese Posten nicht vollständig aus den Revenüen des Hauses abgetragen haben sollte." (Hier folgt eine Relation über einzelne Legate.)

„Bei dem am 14. Mai 1843 zur Convocation aller derjenigen, welche als Erben oder aus irgend einem anderen Rechtsgrunde an den Nachlaß Ansprüche zu formiren oder wider das Testament Einwendungen zu erheben beabsichtigen, auf die peremtorische Frist von sechs Monaten erlassenen und durch den Bescheid vom 30. Novbr. 1843 resigirten Proclama haben sich als Erben pie defuncti gemeldet:" (Hier folgen die Namen von sechs Erbprätendentinnen, darunter die Wittwe des Erblassers, dann heißt es weiter:)

„Die Frauen M. D. G. und J. C. W., geb. v. G., haben indeß nachgehends von ihren Prätensionen desistirt Ferner ist aus den beigebrachten kirchlichen Zeugnissen hervorgegangen, daß das Fräulein Hedwig Marg. v. D. im vierten, die Frauen v. B. und O. geb. R. dagegen im sechsten Grade der Blutsverwandtschaft zu dem Erblasser gestanden, und daß die erste mit der Frau

Rathsherrin B., geb. St. im Falle einer Intestatsuccession den Erblasser beerbt haben würden, weshalb denn auch die von den genannten beiden entfernteren Blutsverwandten pie defuncti auf das im Testament angezeigte Erbgut erhobenen Ansprüche ohne Berücksichtigung bleiben müssen.

Da nun das Fräulein Hedwig Marg. v. D. und die Frau Rathsherrin Dor. Chr. B., geb. St., keine Einwendungen gegen das Testament erhoben haben, so ist auch dasselbe für rechtskräftig und vollkommen rechtsgültig zu erklären gewesen.

Was das im Testamente angezeigte Erbgeld von 3500 Rbl. S. M. anbetrifft, so gebühren dieselben dem Fräulein H. M. v. D., als nächster Blutsverwandtin, und der unbeerbten Ehefrau pie defuncti, und zwar nach Art. 12 Tit. 2 Lib. II. iuris Lubecensis zu gleichen Theilen. Da jedoch die verwittwete Frau Rathsherrin B. selbst durch das Testament zur Berichtigung des Erbgeldes verpflichtet worden, so müssen die auf ihren Erbantheil fallenden 1750 Rbl. S. M. als per confusionem erloschen und getilgt angesehen werden. Die Berichtigung der übrigen 1750 Rbl. S. M. und der Zinsen für selbige zu 4 Procent jährlich aus den Revenüen des Hauses ist in Grundlage der im Testamente enthaltenen Dispositionen der verwittweten Frau Rathsherrin B. aufzuerlegen gewesen und kann diese Verbindlichkeit nur in dem Falle auf die allgemeine Stadt-Casse übergehen, wenn die Frau Rathsherrin B. vorher mit dem Tode abgehen würde, ehe es möglich gewesen, durch die jährlichen Abträge das Erbgeld nebst Zinsen aus den Revenüen des Hauses auszuzahlen. — — — —"

13.

Bescheid des r . . . l'schen Rathes vom 2. April 1846 in Concurssachen des insolventen Weinhändlers Heinr. Frd. S.

Zeugnißfähigkeit des Gemeinschuldners — ihm deferirter Eid.

„Von den Creditoren des insolventen vormaligen Weinhändlers Heinr. Ferd. S. haben einige den Gemeinschuldner als Zeugen, andere als Ponaten aufgeführt, und erstere um die Vernehmung desselben als Ponaten und letztere um seine Abhörung als Zeugen für den Fall gebeten, wenn er in der von ihnen zuerst angegebenen Qualität zur Beantwortung der eingereichten Fragen nicht admittirt werden könnte. Der gerichtlich constituirte Contradictor, Herr Consulent N. K., hat dagegen protestirt, daß der Gemeinschuldner über die auf ihn gestellten Positiones vernommen werde, weil Positiones nur von einem Part dem andern zugeschoben werden könnten, der Cridarius aber nach geschehener cessio bonorum keineswegs als Gegenpart der einzelnen Creditoren, vielmehr in Beziehung auf die gegenwärtige Concursmasse als praesumtive ganz unbetheiligter Dritter, mithin als ein zulässiger Zeuge erscheine, und weil bei Aufstellung eines entgegengesetzten Grundsatzes die vom Contradictor vertretene Gesammtheit der Creditoren dem einzelnen Creditor gegenüber des Rechts beraubt sein würde, durch Interrogatorien die eigentliche Wahrheit und das wirk-

liche Rechtsverhältniß an's Licht zu bringen, -- und zugleich gebeten, den Gemeinschuldner nur als Zeugen zu vernehmen.

Da aber nach der hiesigen Proceßordnung der Contradictor den Gemeinschuldner zu vertreten und von diesem, so wie aus dessen Büchern und Annotationen die erforderliche Instruction zur Beprüfung der exhibirten credita zu nehmen hat, auch dem Gemeinschuldner selbst bei dessen Vernehmung die Gelegenheit gegeben ist, das wirkliche Rechtsverhältniß der einzelnen Creditoren anzuzeigen, und endlich der Cridarius keineswegs als unbetheiligter Dritter in Beziehung auf seine Creditoren erscheinen kann, indem er denjenigen Gläubigern, welche gar nicht oder doch nicht vollständig zur Perception gelangen, mit seinem künftigen Vermögen responsabel bleibt und daher bei der Vertheilung der gegenwärtigen Concursmasse ein wesentliches Interesse hat, so ist diesem allem nach und übereinstimmend mit den Ansichten bewährter Rechtslehrer, wie Danz Grundsätze der summarischen Processe § § 138 bis 144, Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Theil IV., Abhandlung 82 § 32, Knorren, Anleitung zum gerichtlichen Proceß, Seite 560, Ludovici, Einleitung zum Concursproceß, Cap. VI. § 1 u. a. m., der Gemeinschuldner als Part anzusehen, auf den seine Creditoren wohl Positiones zu stellen befugt sind, jedoch hat seine Aussage, wegen der durch die ausgebrochene Insolvenz eingetretenen Unfähigkeit zur Disposition über sein Vermögen, nicht unbedingt die volle Wirkung eines von der einen Partei der andern in Rechtsstreitigkeiten deferirten Eides, sondern es ist von

Richter in dem Enderkenntnisse zu bestimmen, in wie-
fern solche Aussage berücksichtigt werden könne.

Nachdem der Herr Contradictor den Gemeinschuldner als Zeugen wider die Erben des Herrn Aeltermanns Alexander M. aufgeführt, ist von letzteren dagegen protestirt worden, weil Niemand als Zeuge in seiner eigenen Sache vernommen werden könne und der Gemeinschuldner wegen widerrechtlicher Handlungen und falscher Buchführung bereits mit Arreststrafe belegt sei und zu irgend einem Zeugnisse in dieser Sache ganz unfähig erscheine. Da der Contradictor, wie oben ausgeführt, den Gemeinschuldner zu vertreten hat, und letzterer bei der Vertheilung der gegenwärtigen Concursmasse wesentlich interessirt ist, so stellt sich die vorgebrachte Einrede, daß der Cridarius testis in propria causa sein würde, als vollkommen begründet dar, und ist demnach die von dem Herrn Contradictor wider die Erben des Herrn Aeltermanns A. M. erbetene Vernehmung des Gemeinschuldners für unzulässig zu erklären."

14.

Urtheil des e . . . . . schen OLG. vom 21. März 1803, in Sachen des Obristlieutenants Carl Hermann v. G., und Interessenten, Klägers, wider weiland Obristlieutenant Gustav Magnus v. B., nunmehr dessen Wittwe, geb. Barbara v B., nachmals verehelichte Capitänin v. D., Beklagte.

Lehnsveräußerung — Felonie — Veräußerung von Erbgütern und Pupillengütern — Pfandbesitz und dessen Einlösung.

Am 16. Novbr. 1621 schenkte der schwedische König Gustav Adolph dem Gerhard H. und seinen ehelichen männlichen Brusterben zum immerwährenden Eigenthum nach dem Formulair des Norköpingschen Beschlusses 6 wüste Haken Landes in Groß-Kl., L'schen Gebiets, und am 17. Juni 1624 unter denselben Bedingungen und Befugnissen 2 besetzte Haken in Groß-Kl., so daß dem Gerhard H. 8 Haken donirt worden waren. Am 9. Febr. 1676 kaufte der Cornet Gerhard v. H. von dem Fähnrich Heinr. Wilh. S. für 1550 Rthlr. in specie 2 Haken in Le. und 2 Haken in Ks., nachdem der Verkäufer am 24. Juli 1674 die concessionem alienationis erhalten hatte. Bald darauf zog die Kön. schwed. Reductions-Commission die Güter Kl. und Le. nebst Ks. von der H'schen Familie ein, die jedoch zur perpetuellen Arende auf den dritten Theil gelassen wurde. Da sie sich aber dabei nicht erhalten konnte und selbst gegen die Krone in Schulden gerieth, so ward nicht allein Le. und ein Theil von Groß-Kl. am 24. Juli 1703 dem Pastor Barthold St. immittirt, sondern die verwittwete Majorin v. H., geb. Kunigunda Dorothea v. T., überließ auch am 5 Mai 1704, nach am 29. Juni 1704 vom General-Gouverneur Grafen Axel Julius de la Gardie ertheilter Concession, den Rest des Gutes Kl. gedachtem Pastor St. Ihr Sohn, der Capitän Gustav Friedr. v. H., setzte diesen Contract durch eine am 6. Juli 1706 getroffene Uebereinkunft mit dem Pastor St.

fort, wozu das schwed. Burggericht zu Rl. am 19. Juli ei. ai. die Concession ertheilte. Am 25. Febr. 1717, als Esthland bereits unter russische Herrschaft gekommen war, verkaufte der Capitän Gust. Fried. v. H. dem Barthold v. St., wahrscheinlich dem Sohne des bisherigen Besitzers, die Güter Kl. und Le. für 3308 Rthlr. à 64 Weißen, und für 125 Rthlr. wegen des Erbnamens, worüber ihm am 28. Febr. 1717 die Bestätigung des derzeitigen OLG. ertheilt wurde. Der Käufer verpfändete sodann diese Güter, unter des OLG. Bestätigung, am 14. März 1717 an den Pastor Eberhard G. antichretisch für 1500 Rthlr. à 64 Weißen, und verkaufte sie darauf am 8. Aug. 1725 an den Capitän Heinr. v. B. für 2138 Rthl. à 80 Kop. In dem deshalb abgeschlossenen Contract wurde, da das Gut Kl., als auf Norköpings-Beschlußrecht gegeben, nur titulo cessionis, das Alodial-Gut Le. aber titulo emtionis übertragen worden, dem Capitän v. H. und dessen Erben das Einlösungerecht hinsichtlich des Gutes Groß-Kl. ausdrücklich vorbehalten. Im J. 1759 bot C. Heinr. v. B. freiwillig sein acquirirtes Recht und Erbrecht an die Güter Groß-Kl. und Le. nebst dem Dorfe Ks. der verwittweten Majorin v. H. und ihrem Schwiegersohn, Capitän Gotthard Ferd. Herm. v. G., für die von dem letztern als unstreitig anerkannte und ihm mit Recht competirende Summe von 7050 Rub. an; allein diese Einlösung fanden sie nicht gelegen, sondern schlossen vielmehr zu Ri. am 5. Juli 1759 mit gedachtem Carl Heinr. v. B. über diese Güter einen Pfand-Contract ab, durch welchen sie ihm dieselben auf 90 Jahre bis Ostern 1850 für 7650 Rubl. zum beständigen und ruhigen Besitz iure antichretico

überließen, und blieben genannte Güter seitdem im Besitz der v. B'schen Familie.

Jetzt traten der Obristlieutenant C. Herm. v. G. u seine Interessenten als Kläger auf, und behaupteten 1) daß die Güter Kl. und Le. ihre unstreitigen Familien- und Stammgüter seien, an welchen ihnen als Erben ihrer Großmutter, der Majorin v. H., und ihrer Mutter, Margaretha Eleon. v. H., verehelichten v. G, das Erbrecht noch jetzt zustehe, indem genannte Güter auf Norköpings Beschluß gegebene Lehngüter gewesen, die ohne Vorbewußt und Anbot des Königs weder verkauft noch verpfändet werden durften. Auch Kaiser Peter I. habe durch einen Ukas von 1712 ausdrücklich verboten, Lehngüter ohne Kais. Consens zu verkaufen, oder zu verpfänden oder mit Schulden zu graviren. Art. 1 Tit. 1. und Art. 1 Tit. 13 Lib. IV. Iur. prov. erkläre alle Contracte für null und nichtig, welche verbietenden Gesetzen zuwider und also wider das Recht laufen. Folglich sei auch der im Jahre 1759 abgeschlossene Pfand-Contract nicht nur, sondern auch jener vom J. 1725, worüber weder proclamata erlassen, noch manngerichtliche Aufträge erfolgt wären, als ohne landesherrlichen Consens abgeschlossen und eine Veräußerung solcher Güter enthaltend, welche ihrer Natur nach nicht veräußert werden können, als gesetzwidrig, null und nichtig, aufzuheben.

2) Es sei ferner die 1759 geschehene Verpfändung der Güter Kl. und Le. ungültig, weil nach Art. 6 Tit. 11 Lib. II. und Art. 2 Tit. 11 Lib. III. Iur. prov. Erbgüter ohne der Erben Einwilligung weder von Vater noch Mutter veräußert, und nach Art. 3 und 5 Tit. 6 Lib.

IV. Iur. prov. der Unmündigen und der Kinder Güter nicht verpfändet werden dürfen; und es sei diese ohne gerichtlichen Zulaß geschehene Verpfändung der Güter um so ungültiger, als damals Klägers Großmutter, ohne Zuziehung eines gerichtlichen Curators, den widerrechtlich und auch nicht gerichtlich eingeschriebenen Pfand-Contract zum Nachtheil ihrer Großkinder abgeschlossen habe.

3) Sei der gedachte Pfand-Contract auch deshalb ungültig, weil die Güter auf 90 Jahre, mithin auf eine, über das Menschenleben hinausgehende Zeit, mit allen Vorzügen des Eigenthumsrechtes verpfändet worden, und diese Zeit, so wie die in dem Contract enthaltenen Clauseln die Einlösung unmöglich machten, dergleichen Verabredungen aber dem Wesen des Pfandes zuwider seien und jene Clauseln versteckter Weise das in Art. 9 Tit. 6 Lib. IV. Iur. prov. verbotene pactum commissorium enthielten.

Endlich 4) habe der letztverstorbene Besitzer dieser Güter, Obristlieutenant Gust. Magn. v. B., sich des Pfandbesitzes durch widerrechtliche Handlungen verlustig gemacht, indem er, dem Contracte zuwider, nach welchem er die Güter bestmöglichst in gutem Stande erhalten und sie nicht spoliiren sollte, verschiedene Leute eingeständlich theils verkauft, theils verschenkt habe, in welchem Fall Art. 16 Tit. 6 Lib IV. Iur. prov. einen Pfand-Contract aufhebe und den Ersatz des Schadens verlange.

Allein ad 1. das vormalige Lehngut Le. nebst Ks. war der H'schen Familie niemals donirt worden, sondern es hatte der Cornet Gerhard v. H. dasselbe im Jahre 1676 von dem Fähnrich Heinr. Wilh. S. nach erhaltener con-

cessio alienandi, als sein Erbgut erkauft, und es war durch diese Königl. Concession alodificirt worden, mithin konnte durch fernern Verkauf oder Verpfändung kein Lehnsfehler begangen werden. Die Alodial-Natur genannten Gutes mochte dadurch nicht geschwächt werden, daß die schwedische Reductions-Commission es einzog, und daß das Kammer-Collegium es unter die Liste der Lehngüter aufnahm, da die Reductions-Commission nur zu oft nach bloßer Willkür verfuhr, das Lehngüter-Verzeichniß des Kammer-Collegii-Comtoirs aber keine Entscheidung über die Natur der Güter in Esth- und Livland war und sein konnte, indem die Kaiserin Catharina II. die Entscheidung über die Natur der Güter in Esth- u. Livland sich selbst vorbehalten hatte. Die von Klägern aus der angeblichen Lehnsnatur des Gutes Le. nebst Ks. hergenommenen Gründe waren demnach selbst bei noch bestehenden Lehns-Verhältnissen auf gegenwärtigen Fall unanwendbar, und konnte ihnen aus dem Pfand-Contract von 1759 nur ein Reluitions-Recht zustehen. — Hinsichtlich des Gutes Kl., das von der Zeit der ersten Donation im Jahre 1621 bis 1783 unstreitig ein Lehngut war, so erhielten zwar alle frühern mit diesem Gute vorgefallenen Veränderungen die obrigkeitliche Bestätigung, und waren mithin gesetzlich, dagegen ermangelten, der im Jahre 1725 zwischen dem Lieutenant Barthold St. und dem Capitän Heinr. v. B. abgeschlossene Kauf-Contract, und der Pfand-Contract vom Jahre 1759 der landesherrlichen Bestätigung, und war also in dieser Hinsicht durch den Verkauf und die Verpfändung des Gutes Kl. ohne lehnsherrlichen Consens ein Lehnsfehler begangen

worden. Als Strafe der Felonie konnte also das Gut Kl. eingezogen werden. Es geschah aber dieses nicht und die Pfandnehmer blieben in ruhigem Besitz. Durch das Manifest der Kaiserin Catharina II. vom 3. Mai 1783 wurde die Lehns-Natur der Güter aufgehoben, den Lehnsbesitzern ein dominium directum ihrer Güter zugestanden, das Lehn in ein reines Allodium verwandelt, und allen Rechten und Ansprüchen feierlich entsagt, die bisher der Krone aus den Lehnrechten zustanden, wodurch alle etwanigen begangenen Lehnsfehler und Felonien vergeben wurden, und die, den bisherigen Lehnrechten zuwider, mit den Gütern vorgenommenen Veränderungen gesetzliche Sanction erhielten. Dieses Manifest gab der H'schen Familie ein dominium plenum auf das von ihr im Jahre 1759 verpfändete Gut Kl. und die damalige Veräußerung erhielt gesetzliche Kraft. Da nun auf Ansprüche, die aus dem Lehnrechte und aus den Lehnsprincipien hergeleitet werden, keine rechtliche Rücksicht genommen werden kann, so mußte auch Alles, was Kläger zur Unterstützung seiner Klage aus den Lehnrechten deduciren wollte, rechtlich verworfen werden.

Ad II. Der von Kläger angeführte Art. 6 Tit. 11 Lib. II. Iur. prov., nach welchem Vormünder der Pupillen Güter ohne richterliche Erlaubniß nicht veräußern dürfen, war auf gegenwärtigen Fall nicht anwendbar. Denn in dem über Kl. und Le. im Jahre 1759 abgeschlossenen Contracte war von Pupillen-Vermögen nicht die Rede, da beide Eltern Klägers und seiner Geschwister noch lebten, sie also nicht Pupillen waren und die Güter bei Lebzeiten ihrer Eltern ihnen nicht gehörten. — Eben

so wenig fand Art. 2 Tit. 11 Lib. III und Art. 3 und 5 Tit. 6 Lib. IV. hier Anwendung. Denn nach dem ersten Gesetz soll Erbgut ohne der Erben Wissen und Vollwort zwar weder von Vater noch Mutter verkauft oder veräußert werden; hier fand aber nur eine Verpfändung statt, und überdem setzt dieses Gesetz die Frist fest, binnen welcher Erben nach erlangter Mündigkeit die geschehene Veräußerung widersprechen können, welche Frist von klagendem Theil nicht benutzt war. In dem letzten Gesetz ist von dem Fall die Rede, wenn ein Sohn seines Vaters, oder der Vater des Sohnes Gut, ohne dessen Vorwissen und Willen, verpfändet. Im J. 1759 gehörte das Gut Kl. noch nicht Klägern und seinen Geschwistern, sondern ihren damals lebenden Eltern. Da nun nach Art. 1 Tit. 6 Lib. IV. Iur. prov. Jeder, der seine Güter selbst zu verwalten hat, mächtig ist, seiner Schulden oder seines besten Nutzens u. Vortheils halber seine Erbgüter zu verpfänden, so waren auch Klägers Eltern vollkommen befugt, das ihnen gehörige Gut Kl. zu verpfänden. Der Pfand-Contract konnte aber nicht für null u. nichtig erklärt werden, weil Klägers Großmutter, die verwittwete Majorin v. H., geb. Charl. Gerdr v. D., ohne Zustimmung eines gerichtlichen Curators den Pfand-Contract abgeschlossen hatte; denn sie konnte als nachgebliebene Wittwe ihres Gemahls gar kein Erbrecht an das Gut Kl. prätendiren, dieses devolvirte vielmehr nach dem Tode des Majoren v. H. gerade auf seine Tochter, als gesetzliche Erbin; es bedurfte zur Bestätigung des Pfand-Contracts der Unterschrift der Wittwe gar nicht, und da die Capitänin v. G. in der Person ihres Ehemannes den gesetzlichen Beirath hatte, so war

auch in dieser Hinsicht der Pfand=Contract völlig gesetzmäßig, und konnte ihm das nicht hinderlich sein, daß er nicht gerichtlich eingeschrieben worden, weil im J. 1759 die Krepost=Expedition bei den Landgerichten noch nicht eingerichtet und die desfalls in der Folge erlassenen Gesetze noch nicht promulgirt waren.

Ad III. Der 7 Art. 6 Tit. Lib. IV. Iur. prov. gestattet die Abschließung eines antichretischen Pfand=Contracts, ohne die Länge der Zeit, auf die er abgeschlossen werden kann, zu beschränken; nach der Praxis ist es jederzeit erlaubt gewesen, antichretische Pfand=Contracte auf eine lange Reihe von Jahren abzuschließen; der Ukas v. 23. April 1802, nach welchem antichretische Pfand=Contracte nur auf 10 Jahre abgeschlossen werden dürfen, konnte keine rückwirkende Kraft haben; nach allegirten Gesetzen soll der Pfandherr vor Ablauf der Jahre nicht aus seinem Pfandbesitz gedrungen werden, und ist also dem Pfangeber keinesweges gestattet, zu jeder willkürlichen Zeit das antichretisch auf eine bestimmte Reihe von Jahren verpfändete Gut einzulösen. Die von Kläger zu seinen Gunsten angeführten Landesgesetze handelten auch nicht vom pignore antichretico und waren auf selbiges also auch nicht anzuwenden. Eben so wenig enthielt der Pfand=Contract ein verbotenes pactum commissorium und machte die dereinstige Einlösung unmöglich. Denn der 7 Punkt desselben stipulirte ausdrücklich, daß nach Ablauf der Pfandjahre die Verpfänder mit dem Pfandhaber oder dessen Erben zu liquidiren haben und der 3. 4. und 5. Punkt erwähnt, daß dem Pfandinhaber die ihm zugestandene Vergütung nach angefertigter Specification gewährt werden solle. Wenn aber dem Pfandgeber eine Liquidation vorbehalten war, und

er die übergebenen Rechnungen gerichtlich und außergerichtlich untersuchen konnte, so fand ein verbotenes pactum commissorium keinesweges statt. Es war also der abgeschlossene Pfand-Contract in dieser Hinsicht durchaus nicht ein widergesetzlicher.

Ad IV. Daß der verstorbene Obristlieutenant v. B. endlich einige Leute der Güter Kl. und Le. veräußert und verschenkt hatte, konnte gegenwärtig nicht in richterliche Erörterung gezogen werden, sondern gehörte zu der dereinstigen bei der Einlösung der Güter vorzunehmenden Liquidation und zu der alsdann zu ventilirenden Frage über die geschehene Deterioration oder Melioration derselben, da es in dem gewärtigen Rechtshandel nicht erwiesen war, daß die veräußerten und verschenkten Erbleute zu den im J. 1759 gepfändeten Kl.- Le. oder Ks'schen Leuten oder zu deren Descendenz gehört.

Aus diesen Gründen entschied daher das e....sche OLG., daß Kläger mit ihrer Prätension, Frau Beklagte schon jetzt aus dem Besitz der Pfandgüter Groß-Kl., Le. nebst Ks. zu setzen, abzuweisen, Frau Beklagte vielmehr in dem Pfandbesitz gedachter Güter bis zum Ablauf der stipulirten Pfandjahre zu schützen, Klägern die Einlösung derselben zu gehöriger Zeit zu reserviren, und ihm sowohl, als beklagtem Theil, alle Rechte wegen etwaniger dereinst zu erweisender Deterioration oder Melioration dieser Güter offen zu lassen. Compens. expensis, weil die Sache richterlicher Erörterung bedurft und Kläger einigen Schein für sich gehabt hatte.

XI.

Abschließung eines Kaufgeschäfts im Wege öffentlicher Versteigerung.

Von Dr. C. O. v. Madai.

Der Kaufcontract wird bekanntlich für beide Theile bindend und perfect erst dann, wenn vollständige Einigung über Preis und Waare stattgefunden hat. Vollständige Einigung ist aber erst vorhanden, wenn der Käufer sich mit dem Kaufobject, der Verkäufer mit dem dafür zu entrichtenden Kaufgelde sich einverstanden erklärt hat. Die der Einigung voraufgehenden Verhandlungen haben allerdings den Zweck, die Einigung herbeizuführen, sind aber offenbar noch nicht diese selbst. Die Forderungen des Verkäufers, wie die Anerbietungen des Käufers, sind beide nur Offerten, einseitige Willenserklärungen, aus denen der Gegner an und für sich noch kein Zwangsrecht ableiten kann: denn wohl der Vertrag (in idem placitum consensus), nicht aber der einseitige Wille, bindet. Niemand wird z. B. bezweifeln, daß, wenn der Käufer, der sein Gebot gethan, das aber vom Verkäufer nicht angenommen worden ist, das Haus des letzteren verläßt, nicht gebunden ist, zurückzukehren, wenn der Verkäufer inzwischen sich eines anderen besonnen und mit dem Gebot des Käufers zufrieden sein zu wollen erklärt; — der Käufer wird unbedenklich erklären

dürfen, auch er habe sich eines anderen besonnen, wolle jetzt überhaupt die Sache gar nicht mehr, oder nur für einen noch geringeren Preis, annehmen. Wo läge der Rechtsgrund, der ihn bei seiner früheren Willenserklärung zu verharren verpflichtete?

Ja, wir müssen noch einen Schritt weiter gehen. Es genügt nicht einmal die Uebereinstimmung des beiderseitigen Willens, so lange die Contrahirenden nicht darum wissen, daß sie einig sind. Gesetzt, Käufer und Verkäufer haben beide verschiedene Geldsorten im Sinne, jeder die seines Landes; die des Käufers übersteige den Werth der Geldsorte, die der Verkäufer meint, so daß, obwohl scheinbar das Gebot des Käufers und die Forderung des Verkäufers auseinander liegen, doch materielle Einigung stattfindet. Z. B. der Verkäufer fordert 7 Rubel (Banco); der Käufer will höchstens 4 Rubel (Silber) geben. Revera sind beide einig, aber sie wissen nicht darum: und so findet juristische Einigung, die nicht bloß die Absicht, sondern auch das Wissen der Uebereinstimmung, das „in idem placitum consentire", aus welchem allein das beiderseitige Gebundensein, m. a. W. der Vertrag, hervorgeht, nicht statt.

Das Alles soll nun, nach einer sehr verbreiteten Ansicht, anders sein bei Abschließung von Kaufverträgen im Wege öffentlicher Versteigerung.

Ich will hier zunächst die Worte eines sehr geachteten Civilisten anführen. Unterholzner *) sagt, bei Erwähnung der Versteigerung:

---

*) Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. I. § 26 V.

„Der Bietende ist bei der Versteigerung schon durch das Aussprechen eines Gebots oder durch das Ueberbieten für gebunden zu achten, so daß er auch vor dem Zuschlage nicht zurücktreten darf. Wenn freilich der Zuschlag geraume Zeit verzögert wird, so daß z. B. erst an einem neuen Versteigerungstage ein Versuch gemacht werden soll, bessere Anerbietungen zu erhalten, so muß deshalb bei den Versteigerungsbedingungen ein besonderer Vorbehalt gemacht werden, damit derjenige, welcher vorläufig das beste Gebot gethan hat, so lange gebunden bleibe."

In einer Note fügt er dann noch hinzu:

„Der Bietende wird auch dadurch allein, daß er überboten wird, noch keineswegs frei: denn es bleibt ja für's erste noch zweifelhaft, ob der Zuschlag zu Gunsten des Ueberbietenden erfolgen wird, oder ob derselbe die Bedingungen des Zuschlags erfüllen kann. Man denke nur z. B. den Fall, daß auf baar Geld verkauft ist, und derjenige, der das höchste Gebot gethan hat, außer Stande ist, zu bezahlen.

Derjenige, welcher es auf die Versteigerung ankommen läßt, wird erst durch den Zuschlag gebunden: dann aber auch unwiderruflich, wenn nicht, wie manchmal zu geschehen pflegt, eine besondere Genehmigung vorbehalten wurde."

Unterholzner hat, sei es nicht für nöthig befunden, sei es darauf verzichtet, seine Theorie aus den Quellen zu begründen. Wir finden — was bei dem sonst so sorgfältig und reichhaltig citirenden Schriftsteller allerdings befremdend erscheinen muß — auch nicht eine ein-

zige Belegstelle angeführt. Sehen wir nun zu, ob etwa aus allgemeinen Rechtsprincipien und dem Wesen des in Rede stehenden Vertragsverhältnisses die Resultate, die **Unterholzner** gezogen, sich rechtfertigen lassen.

Der Bietende soll an sein einmal verlautbartes Gebot gebunden sein, vor dem Zuschlage nicht mehr zurücktreten dürfen. — Weshalb und wodurch gebunden? Etwa **vertragsmäßig**? Aber Vertrag ist ja noch nicht zu Stande gekommen, so lange nicht der Zuschlag erfolgt ist. Worin wäre die Lage des bei öffentlicher Versteigerung Bietenden rechtlich eine andere, als die des Käufers, der in einem Kaufladen mit dem Verkäufer über den Preis unterhandelt? der allmälig in seinen Preiserbietungen sich steigert? Und sollte dieser gebunden sein, wenn er, ehe die Acceptation erfolgt ist, sich endlich unwillig wegwendet, und erklärt, die Sache nun gar nicht mehr haben zu wollen? Oder könnte hier etwa der Kaufmann darauf bestehen, daß der Käufer wenigstens bei seinem letzten Gebote verharre? zu diesem Preise die Sache ihm abnehme?

Vielleicht aber findet, wenn nicht vertragsmäßiger, ein **gesetzlicher** Zwang des Bietenden statt, bei seinem Gebot zu bleiben? Die Annahme solches **gesetzlichen** Zwanges würde jedenfalls Nachweisung des Gesetzes, das solche Zwangspflicht anordnet, erheischen. Das ist jedoch von **Unterholzner**, wie bereits erwähnt, nicht geschehen. Und ohne ein solches Gesetz würde die Annahme eines gesetzlichen Zwangsrechts im günstigsten Falle eine nicht zu rechtfertigende, wie nichts erweisende, petitio principii sein.

Oder liegt vielleicht endlich in dem Character der öffentlichen Versteigerungen, im Gegensatz zu Privatverkäufen, irgend ein Moment, aus welchem die Annahme, der Bietende sei an sein Gebot gebunden, sich rechtfertigen ließe?

Allerdings geht der Versteigerung regelmäßig eine öffentliche Aufforderung an das kauflustige Publicum vorauf. Diese Aufforderung, könnte man argumentiren, schließt eine Offerte Seitens des Verkäufers in sich, die durch die Acceptation in einen bindenden Vertrag übergeht. Das Aussprechen eines Gebotes aber ist eine Acceptation der Offerte des Verkäufers, die Sache verkaufen zu wollen, also bindend.

Wohl mag diese Argumentation beim ersten Anblick bestechen: sorgfältigerer Prüfung gegenüber hält sie nicht Stich. Jene der Versteigerung voraufgehende Ankündigung ist ja doch nicht eine Offerte, die Sache zu *jedem Preise* zuschlagen zu wollen. Denn der Verkäufer behält sich das Recht des Zuschlags, also die Wahl unter den verschiedenen etwa auftretenden Käufern, vor. Sie ist vielmehr nur eine Einladung der Kauflustigen, eine öffentliche Aufforderung zur Abschließung eines Kaufvertrages. Soll dieser wirklich zu Stande kommen, so bedarf es der Einigung über den Preis: das Bieten ist aber nur ein Versuch, die Einigung herbeizuführen, m. a. W. eine, dem Bieten beim Privatverkauf durchaus gleich stehende Offerte, die, wie oben ausgeführt, vor erfolgter Acceptation nicht bindet, sogleich nach ihrer Verlautbarung ohne Nachtheil von dem Bietenden widerrufen werden kann. Das Irrthümliche in jener Argumentation ist, daß

sie das Bieten als eine Acceptation in dem Sinne, daß dadurch das Kaufgeschäft bereits zu Stande käme, behandelt, während es doch nur die Acceptation des Anerbietens der Eingehung eines Vertrages: ein sich Einlassen auf einen nur möglichen, erst noch durch den Zuschlag zu Stande zu bringenden Kaufvertrag ist.

Noch anschaulicher dürfte dies durch folgende Parallele werden. Auch das Schild des Kaufmanns ist eine öffentliche Einladung an das kauflustige Publicum: die Erklärung, daß man bereit sei, diese und jene Gegenstände zu verkaufen. Nach jener Argumentation müßte also consequent folgen, daß jeder den Kaufladen Betretende, und irgend ein Gebot Verlautbarende, sofort an sein Gebot gebunden sei. Doch nein, übersehen wir nicht, der Versteigernde hat ja versprochen, die Sache dem Meistbietenden zuschlagen zu wollen. Aber ändert das rechtlich die Lage des Bietenden? höchstens könnte diesem daraus ein Anrecht auf Acceptation seines Gebotes erwachsen, falls es das höchste geblieben, also eine Verbindlichkeit des Versteigernden, nimmer aber des Bietenden, begründet werden, obwohl wir der Meinung sind, daß auch eine derartige rechtliche Verpflichtung des Zuschlags nicht angenommen werden könne.

Aus allen diesen Erwägungen dürfte solchemnach hervorgehen, daß aus allgemeinen Rechtsprincipien die Meinung Unterholzner's, der Bietende könne sein einmal verlautbartes Gebot nicht zurücknehmen, nicht gerechtfertigt, geschweige denn erwiesen werden könne.

Doch es ist noch eine zweite Behauptung Unterholzner's, der wir nicht beizupflichten vermögen. Der Bietende,

sagt er, wird dadurch allein, daß er überboten wird, noch keineswegs frei, da es ungewiß ist, ob der Zuschlag zu Gunsten des Ueberbietenden erfolgen wird, oder ob derselbe die Bedingungen des Zuschlags erfüllen kann: z. B. es zeigt sich, daß er kein baares Geld hat. Die Meinung ist offenbar, daß selbst nach dem Zuschlag an den Ueberbietenden — denn erst dann, wann es an das Zahlen geht, wird es sich zeigen, ob dieser Meistbietende die Bedingungen des Zuschlags, namentlich baare Zahlung, zu leisten im Stande ist — der Minderbietende noch gebunden sei, der Versteigernde also auf ihn zurückgehen könne. Wie aber ist damit vereinbar die gleich darauf folgende Aeußerung Unterholzner's: „durch den Zuschlag wird der Versteigernde gebunden, und zwar unwiderruflich" —? Der Kauf ist dadurch von beiden Seiten perfect geworden. Mag immerhin der Versteigernde berechtigt sein, ihn wieder aufzuheben: durch den Zuschlag an den Ueberbietenden hat der Versteigernde die Proposition des Minderbietenden zurückgewiesen. Sollte darin nicht wenigstens ein Entlassen desselben von seiner Verbindlichkeit — wenn man überhaupt eine solche annehmen zu müssen glaubt — liegen? Man erwäge die entschieden nachtheilige Lage des Bietenden, der, nachdem der Versteigernde bereits mit einem andern abgeschlossen hat, noch immer der Gefahr ausgesetzt ist, gebunden zu sein. Und wie lange? — wo ist da die Gränze? Und dieser Gefahr soll die ganze Reihe der Bietenden ausgesetzt sein? Denn jeder, auch der erste Bietende, ist ja durch die höheren Gebote aller seiner, vielleicht sehr zahlreichen Nachfolger nicht liberirt.

In den Resultaten mit Unterholzner der Hauptsache nach einverstanden, jedoch aus anderen Gründen, ist Glück *). Er versucht, mit vielen Vorgängern, eine mehr specielle juristische Rechtfertigung, namentlich durch die Annahme eines, der Versteigerung zu Grunde liegenden s. g. pactum in diem addictionis tacitum. Er sagt a. a. O.:

„Bei Auctionen und Subhastationen versteht sich nach der Natur derselben eine addictio in diem bis zum erfolgten Zuschlage von selbst. Es unterscheidet sich jedoch diese stillschweigende addictio von der bei einem Privatkaufe durch Vertrag verabredeten darin, daß bei derselben die Bedingung, unter welcher hier jedes Gebot angenommen wird, nämlich wenn Niemand vor Ablauf des Licitationstermines mehr bieten wird, immer eine bloß suspensive ist, dahingegen eine addictio in diem expressa sowohl unter einer resolutiven, als suspensiven Bedingung geschehen kann. Daher ist der Kauf bis zur erfolgten Adjudication noch unvollkommen. Hieraus folgt aber nicht, wie viele irrig behaupten, daß vor erfolgtem Zuschlage dem Licitanten jederzeit freistehe, sein gethanes Gebot wieder zurückzunehmen. Denn bei jedem bedingten Versprechen muß ja der Promittent den Ausgang der Bedingung abwarten, und darf nicht pendente conditione nach Willkür zurücktreten. So ist es auch bei der addictio in diem expressa, welche unter einer Suspensiv-Bedingung beigefügt

*) Glück, Commentar Bd. XVI § 1005.

worden ist, und von dieser ist der Schluß auf die addictio tacita vollkommen gültig. Der Erstbietende bleibt daher an sein gethanes Gebot gebunden, so lange er von einem zweiten Licitanten nicht überboten worden ist, und wird nur dann erst von seiner Verbindlichkeit frei, wenn der Ueberbietende angenommen worden ist. Denn auch bei den Subhastationen hängt es von der Willkür desjenigen ab, zu dessen Vortheil die Subhastation geschieht, ob er das bessere Gebot annehmen will, oder nicht. Denn warum sollte der hasta nicht gleiches Recht mit einem Privatverkäufer zustehen? Es steht aber auch hier dem Erstbietenden frei, durch ein gleiches Gebot den Ueberbietenden zu vertreiben. Ganz unrichtig ist hingegen die Behauptung, daß der erste Licitant auch noch nach der Annehmung des zweiten bis zur erfolgten Adjudication verbunden bleibe, wenn etwa der zweite Licitant insolvent sein sollte. Die L. 14 § 2 D. h.t. lehrt ganz das Gegentheil, und es ist kein Grund vorhanden, warum die hasta hier mehr zu begünstigen sein sollte, als ein Privatverkäufer."

Es ist keine eben schwere Aufgabe, die völlige Unhaltbarkeit der Basis dieser ganzen Argumentation aufzuweisen. Diese Basis nämlich ist die Analogie der s. g. in diem addictio. Wir wollen selbst absehen davon, daß die Behauptung, bei Auctionen und Subhastationen finde eine addictio in diem tacita statt, doch immer eines gesetzlichen Nachweises bedürfen würde; wir wollen vielmehr nur untersuchen, ob jene Analogie überhaupt rechtlich möglich sei?

Das pactum in diem addictionis ist bekanntlich ein Nebenvertrag, setzt einen übrigens vollkommen abgeschlossenen Hauptvertrag voraus: mithin, einem Kaufgeschäfte hinzugefügt, ein perfect gewordenes Kaufgeschäft. Selbst wo dieses Nebenpactum den Character einer Suspensivbedingung hat, muß der Kaufvertrag, dem es beigefügt ist, an und für sich vollständig abgeschlossen sein, also Einigung über Preis und Waare, m. a. W. auf beiden Seiten Acceptation stattgefunden haben. Dies aber gerade ist es, woran es zwischen dem Versteigerer und dem Bietenden, bevor der Zuschlag erfolgt ist, fehlt. Daß bei der in diem addictio der Verkäufer selbst das spätere bessere Gebot zurückweisen, und auf den früheren Käufer zurückgehen kann, dieser letztere also, trotz des Uebergebotes, gebunden bleibt, ist die natürliche Folge des bereits bestehenden Kaufvertrages, von welchem einseitiger Rücktritt dem früheren Käufer nicht freisteht, — er müßte sich denn ausdrücklich vorbehalten haben, daß auch er durch besseres Gebot Seitens eines Dritten das Recht des beliebigen Rücktritts von dem bereits perfect gewordenen Kaufgeschäft gewinnen solle *).

Ist nun aber die Basis dieser ganzen Argumentation, die Behauptung nämlich, bei Versteigerungen müsse, schon nach der Natur derselben, eine addictio in diem tacita bis zum letzten Zuschlage angenommen werden, rechtlich begründet?

Glück citirt allerdings mehrere Gesetze: die L. 50 D. de iure fisci (49, 14); L. 4 C. de fide et iure hastae

*) L. 9 D. de in diem addictione.

(10, 3) u. die L. 1 C. de vendendis rebus civitatis (11, 31); allein keines derselben redet mit einer Silbe von einer in diem addictio tacita: vielmehr behandeln sie sämmtlich Fälle, wo der Abschließung des Kaufcontracts ausdrücklich das pactum in diem addictionis hinzugefügt worden. Daß dies auch bei Ertheilung des Zuschlags in Auctionen geschehen könne, unterliegt keinem Bedenken: denn durch den Zuschlag ist das im Wege der Versteigerung zu Stande gekommene Kaufgeschäft auf durchaus gleiche Stufe mit jedem privatim abgeschlossenen Kaufvertrage gestellt. Aber folgt daraus irgend etwas für die rechtliche Natur des Verhältnisses vor erfolgtem Zuschlag?

Wenn also nicht auf Gesetze, kann höchstens auf Analogie die Anwendung der Grundsätze der in diem addictio auf öffentliche Versteigerungen gestützt werden. Ob aber mit Recht, wird folgende Betrachtung ergeben.

Das anscheinend Analoge liegt ja allerdings darin, daß, wie bei Versteigerungen, so auch bei der in diem addictio ein Ueberbieten der Käufer, eine Berechtigung des Verkäufers vorkommt, die Sache allendlich demjenigen zu überlassen, der die vortheilhafteren Kaufbedingungen stellt. Uebersehen wir aber auch nicht die himmelweite Kluft, welche beide Verhältnisse trennt. Abschließung eines Kaufgeschäfts unter in diem addictio ist immer vollständige Abschließung eines in allen Puncten perfecten Kaufvertrages. Mit vollster Evidenz tritt dies hervor, wenn das pactum in diem addictionis nach Absicht der Contrahenten den Character einer Resolutivbedingung trägt. Allein nicht minder wahr ist es auch für den Fall, da die in

diem addictio als eine Suspensivbedingung wirken soll. Der Kauf ist hier allerdings nur bedingt, aber doch in allen Punkten vollständig abgeschlossen: es hat m. a. W. vollkommene Einigung der Parteien über Preis und Waare stattgefunden. Dies aber gerade ist, was bei der Versteigerung, so lange der Zuschlag, die Acceptation des Angebotes durch den Versteigernden, noch nicht erfolgt ist, fehlt. Dort ist ein wenigstens unter Umständen — falls nämlich die Bedingung eines besseren Käufers nicht eintritt — vollkommen bindender Vertrag, hier überhaupt noch gar kein Vertrag, kein „duorum in idem placitum consensus" vorhanden. Die in diem addictio ist ein Nebenvertrag, der einen bereits perfecten Hauptvertrag voraussetzt: dagegen, auf Versteigerungen angewendet, würde die in diem addictio ein pactum adiectum sein, ohne Hauptvertrag, durch welchen und aus dem allein es Rechtsbestand genießen kann.

Es leuchtet ein, daß solchem nach die analoge Anwendung der Grundsätze der in diem addictio auf Versteigerungen schlechthin unzulässig ist. Dies aber zugegeben, fallen die einzelnen Folgerungen, die Glück daraus zieht, haltlos dahin.

So die Behauptung, der Erstbietende bleibe an sein gethanes Gebot gebunden, so lange er von einem zweiten Licitanten nicht überboten worden sei, und werde nur dann erst von seiner Verbindlichkeit frei, wenn der Ueberbietende angenommen worden sei, da es von der Willkür des Versteigernden abhänge, ob er das bessere Gebot des zweiten Licitanten annehmen wolle, oder nicht. — Daß es

bei wahrer in diem addictio so ist *), hat seinen guten Grund darin, daß hier der erste Käufer durch vollständig abgeschlossenen Kaufvertrag rechtlich gebunden ist: aber eben dieser Grund fehlt in unserem Falle. — Und eben so durchaus unhaltbar ist die fernere Behauptung: „es stehe auch bei Versteigerungen dem Erstbietenden frei, durch ein gleiches Gebot den Ueberbietenden zu vertreiben;" eine Behauptung, die sich lediglich auf die unstatthafte Analogie der in diem addictio stützt. Richtig ist solchemnach von der ganzen Ausführung nur die eine Bemerkung — in der er freilich von Unterholzner, oder vielleicht richtiger dieser von ihm, abweicht — zu nennen, daß nach einmal erfolgtem Zuschlage der Versteigernde sich nicht mehr an den früheren Licitanten halten, m. a. W. diesem die Sache aufdringen könne, wenn der spätere Licitant insolvent sein sollte.

Irren wir nicht, so liegt der — weder von Unterholzner noch von Glück mit besonderem Erfolge vertheidigten — Meinung ein viel weiter reichender Irrthum zum Grunde: der Irrthum nämlich, der Offerent könne überhaupt nicht die einmal gemachte Offerte sofort zurücknehmen; er müsse erst die Erklärung desjenigen, dem sie gemacht worden, darüber abwarten. Die Consequenzen, die man daraus für die Eingehung von Verträgen unter Abwesenden gezogen, sind bekannt. Vergebens — wie es scheint — hat Hasse **) mit überzeugenden Gründen die völlige Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Lehre dargethan. Der alte Irrthum kehrt immer wieder:

*) L. 9 D. de in diem addictione.

**) Hasse im Rheinischen Museum Bd. II.

macht bald in dieser, bald in jener Gestalt sich geltend. Es ist nicht des Ortes hier auf diesen Streit näher einzugehen. Für unsern Zweck scheint uns die wiederholte Hinweisung auf die Art und Weise zu genügen, in welcher Ulpian den Gegensatz des Vertrages und der Offerte hervorhebt, wenn er sagt:

> L. 3 D. de pollicitationibus (50, 12): „Pactum est duorum consensus atque conventio: pollicitatio vero offerentis solius promissum“,

und dabei der pollicitatio nur verpflichtende Kraft beilegt, wenn eine besondere iusta causa vorhanden:

> L. 1 § 1 D. eodem: „Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est: si quidem ob honorem promiserit, decretum sibi, vel decernendum, vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione. sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus, et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur“.

Sollte nun von der pollicitatio nicht ein Schluß auf die gewöhnliche Offerte, eine conclusio a maiori ad minus, zulässig sein?

XII.

Ueber den §. 182 der Curl. Statuten.

Ein Beitrag zur Interpretation der Curländischen Rechtsquellen

von

Ferdinand Seraphim.

Motto: *Ἀγαθὴ ἔρις*, **quum invicem se mutuis exhortationibus amici ad amorem veritatis exacuunt.**

Einleitung und Plan der Arbeit.

Der wahre Sinn des dunklen § 182 der Curl. Stat.*) steht, ungeachtet der vielfachen sowohl in älterer als auch in neuerer Zeit gemachten Versuche zu dessen Interpretation, noch keineswegs unzweifelhaft fest. Gegen jeden der bisher gelieferten Interpretations-Versuche sind Bedenken erhoben worden, die sich nicht von der Hand weisen lassen, und, indem sie sonach als begründet anerkannt werden müssen, den beregten §. der Curl. Stat. in seiner alten Dunkelheit und Unverständlichkeit belassen. — Unter solchen Umständen dürfte es nicht unlohnend sein, dem

*) Derselbe lautet folgendermaßen: „**Pater ad secunda „vota transiens fortunas suas omnes cum liberis primi ma„trimonii ex aequo dividere, ac pro eius portione (*al.* por„tionis), quam vel retinere, vel in emolumenta (*al.* emolu„mentum) liberorum exponere potest, fructibus (*al.* fructu) „eos alere ac (*al.* et) elocare (*al.* educare, *al.* dotare) tenebitur.**“

wahren Sinne dieses vielgedeuteten und vielfach mißverstandenen Gesetzes nachzuforschen. — Wenngleich ich weit davon entfernt bin, die Ansicht zu hegen, durch die von mir diesem §. beigelegte Deutung, welche allerdings von allen mir bisher bekannten Interpretationen desselben abweicht, den alten, von den tüchtigsten Kennern unseres Curländischen Privatrechts geführten, Streit zu entscheiden, so war doch der Wunsch, mir über diesen Punkt vollständig klar zu werden, zu lebhaft in mir, um den Plan, diesen vielbestrittenen §. zum Gegenstande meiner Studien zu machen, von mir zu weisen.

„Aus geistigem Kampfe erwächst die Wahrheit", und diese ist es lediglich, die ich suche. — Dieses Bestreben wird von denen, welche das iurare in verba magistri verschmähen, und für die eine communis doctorum opinio keinen wissenschaftlichen Werth hat, die jugendliche Kühnheit entschuldigen, welche in dem Beginnen liegt, mit noch ungeprüften Kräften, der Ansicht so tüchtiger Männer, welche vor mir denselben Gegenstand bearbeitet haben, entgegenzutreten.

Indem ich die sonst in Abhandlungen über einzelne Theile der Theorie des einheimischen Rechts übliche, kurze Darstellung der einheimischen Rechtsquellen und ihres Verhältnisses zu einander übergehe, und in dieser Beziehung auf die klare, lichtvolle Abhandlung des Oberhofgerichts-Advocaten C. A. Neumann:

„Etwas über das Römische und Deutsche Recht, als das „sogenannte Hülfsrecht in den Ostseeprovinzen"

in v. Bunge's und v. Madai's Erörterungen, Band I. Heft I. Abhandl. III. verweise, glaube ich in dieser Ein-

leitung noch Einiges über den von mir zu befolgenden Plan dieser Abhandlung sagen zu müssen. — In den mir bekannten Abhandlungen und Excursen über den §. 182 der Curl. Stat. habe ich vorzugsweise nur die Frage aufgeworfen und genauer erörtert gefunden, in welcher Weise dieser §. zu deuten sei. Allein ich glaube, daß diese Frage, wenngleich sie gewiß die wichtigste, so doch nicht die einzige ist, die sich uns bei Betrachtung desselben aufdringt. Demnach dürften hier folgende Fragen zu beantworten sein:

I. Was ist der Sinn des §. 182 Stat. Curl.

II. Ist dieser § nur auf den Vater, der zur zweiten Ehe schreitet, oder auch auf die Mutter in gleichem Falle anwendbar?

III. Enthält der §. 182 ein nur für den Adel oder auch für die übrigen Stände geltendes Recht?

IV. Welchen Einfluß hat dieser §. nach der ihm in dieser Arbeit gegebenen Deutung auf das Familienrecht und das Erbrecht?

V. Ist diesem §. durch spätere Gesetze oder durch Gewohnheitsrecht derogirt?

Allem zuvor jedoch möchte es nöthig sein, diesen Erörterungen eine kurze Darstellung der hierher gehörigen Litteratur, und eine genauere Beprüfung der bisherigen Uebersetzungen und Interpretations-Versuche des §. 182 Stat. Curl. vorhergehen zu lassen.

Capitel I.

Litteratur der Streitfrage.

Unter den die Interpretation des §. 182 der Curl. Stat. betreffenden Abhandlungen und Excursen sind mir folgende bekannt geworden, die hier chronologisch geordnet, unter kurzer Angabe ihres Gesichtspunktes und ihres Resultates, folgen:

I. Herrmann Ulrich von Blomberg:

„Collegium über die Curländische Statuta, welches „eine vollständige Erklärung derselben enthält." 1780.

Dieses Werk existirt nur im Manuscript und ist überaus selten. Der Verfasser, in dessen Werk der §. 182 als §. 183 erscheint, deutet denselben dahin: Der Vater sei, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, verpflichtet, sein ganzes Vermögen mit den Kindern erster Ehe zu theilen, könne aber den Antheil eines jeden Kindes entweder selbst behalten oder zum Besten der erstehelichen Kinder auf Interessen geben, von denen er die Kinder unterhalten und aussteuern könne.

II. Ludwig Proch:

„Versuch erläuternder Bemerkungen über einige Paragraphen der Curl. Stat. in Rücksicht des Erbschafts„rechts," mitgetheilt in den Jahres-Verhandlungen der Curländischen Gesellschaft für Literatur und Kunst. Band I. Abhandlung XV. S. 323—331. Mitau 1819.

Proch geht in dieser Abhandlung von der Ansicht aus, daß der §. 182 sich lediglich auf den dürftigen Wittwer beziehe. Dieser sei, wenn er zugleich mit seinen

Kindern von der verstorbenen Ehegattin diese letztere beerben wolle, verpflichtet, sein Vermögen in die Erbschaftsmasse zu conferiren, und erhalte alsdann einen eben so großen Antheil aus dem Nachlasse des verstorbenen conjux, als jedes seiner Kinder. — Proch nimmt sonach eine Theilung nach Kopftheilen an. — Will nun der Vater über den Antheil seiner Kinder verfügen, so muß er sie nach Maßgabe des Betrages dieses Antheils erziehen und ernähren.

III. Carl Otto von Madai:

„Beitrag zur Erklärung des §. 182 der Curl. Stat." in v. Bunge's und v. Madai's theoretisch-practischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten. Band I. Abhandlung IX. S. 218—247. Dorpat und Leipzig 1840.

v. Madai geht zunächst auf den Ursprung des §. 182 zurück und sucht ihn aus dem Polnischen Rechte herzuleiten. Nachdem er diesen Satz zu begründen gesucht, geht er nunmehr zur Auslegung des §. 182 über, und findet den Sinn desselben darin, daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater die Hälfte seines eigenen Vermögens an seine Kinder erster Ehe verliere, jedoch brauche er denselben diese ihnen zugefallene Hälfte nicht auszuzahlen, vielmehr könne er sie bis zu seinem Tode verwalten, müsse jedoch dann aus den Einkünften dieser Hälfte die Kinder erster Ehe erziehen und alimentiren.

IV. Ein von dem verstorbenen Curländischen Oberhofgerichts-Advocaten Ernst Seraphim über den §. 182 Stat. Curl. verfaßtes Manuscript ohne Angabe der Jahreszahl. Aus dem Inhalte desselben erhellt jedoch, daß

es kurz nach dem Erscheinen des v. Madai'schen Aufsatzes verfaßt worden ist. — Die in diesem Manuscripte durchgeführte Ansicht stimmt im Resultate mit der v. Madai'schen Ansicht überein, weicht jedoch in ihrer Begründung insofern ab, als der betreffende §. nicht sowohl aus dem Polnischen, als vielmehr aus dem Deutschen Rechte abgeleitet und erklärt wird.

V. Theodor Seraphim:

„Beitrag zur Lehre vom Intestat-Erbrechte der „Ehegatten und den dem überlebenden Ehegatten ge„bührenden Vortheilen nach den in Curland geltenden „Rechten." — Ein Manuscript. Hasenpoth 1844.

In dieser Arbeit findet sich S. 32—36 ein Excurs über den Sinn des §. 182 der Curl. Stat. Der Verfasser stimmt sowohl in dem Resultate als in der Begründung seiner Ansicht mit der angeführten Abhandlung des Oberhofgerichts-Advocaten Ernst Seraphim überein.

VI. C. A. Neumann:

„Recension der v. Rummel'schen Ausgabe der „Curl. Stat., im Inlande vom Jahre 1848 Nr. 49."

Neumann giebt in dieser Abhandlung dem § 182 der Curl. Statuten folgende Deutung: der zur zweiten Ehe schreitende Vater müsse, unter Aufrechthaltung seiner gesetzlichen Alimentations-Verbindlichkeit, das Vermögen seiner verstorbenen Ehegattin mit seinen erstehelichen Kindern theilen, und den auf ihn fallenden Antheil in der Art sicherstellen, daß er nach seinem, des Vaters, Tode nur den Kindern erster Ehe, nicht aber den aus späterer Ehe zufalle.

VII. C. A. Neumann:

„Curländisches Erbrecht nach den Gesetzen und der „Praxis dargestellt." Mitau 1850.

In diesem Werke findet sich S. 44—53 ein Excurs über die Bedeutung des §. 182 der Curl. Stat. — Die hier ausgesprochene Ansicht Neumann's geht dahin: der zur zweiten Ehe schreitende Vater müsse das gesammte den Kindern von deren verstorbenen Mutter zugefallene, in seiner, des Vaters, Verwaltung befindliche Vermögen den Kindern erster Ehe herausgeben oder sicherstellen, zugleich aber auch das ihm selbst von der verstorbenen Ehegattin überkommene Vermögen mit seinen Kindern erster Ehe theilen.

VIII. Friedrich Georg von Bunge:

„Das Curländische Privatrecht, wissenschaftlich dar„gestellt." Dorpat 1851.

In diesem Werke befindet sich S. 506 fg. Anm. d. ein kurzer Excurs über den §. 182 der Curl. Stat. — Nach der Ansicht des Verfassers ist der Sinn dieses §. der: der zur zweiten Ehe schreitende Vater müsse die Hälfte seines Vermögens den Kindern erster Ehe sicherstellen. Diese also sicher gestellte Hälfte sei ein Pflichttheil, der den Kindern erster Ehe nicht entzogen werden, über den daher der Vater nicht willkürlich verfügen dürfe. Die fernere Begründung dieser seiner Ansicht behält der Verfasser einer anderen Gelegenheit vor.

IX. C. A. Neumann:

„Recension von Bunge's Curländischem Privat„rechte im Inlande vom Jahre 1851 Nr. 42." — Dieser Aufsatz ist besonders aus dem Inlande abgedruckt und

enthält S. 7 u. 8 eine kurze Rechtfertigung der Neumann'schen Auslegung des §. 182 der Curl. Stat.

Außer diesen Abhandlungen und Excursen über den §. 182 der Curl. Stat. giebt es noch eine Mehrzahl kurzer Uebertragungen desselben in die Deutsche Sprache, die jedoch alle mehr oder minder mißglückt und ungenau sind, und von denen weiter unten bei der Beprüfung der bisherigen Uebersetzungs- und Interpretations-Versuche des §. 182 Stat. Curl. die Rede sein wird.

Capitel II.

Beprüfung der bisherigen Uebersetzungen und Interpretations-Versuche des §. 182 der Curl. Stat.

Bei der Beprüfung der bisher gemachten Uebersetzungen und Interpretations-Versuche wird es ebenfalls zweckdienlich sein, die chronologische Ordnung zu beobachten.

I. Eine ältere von Madai*) mitgetheilte Deutsche Uebersetzung (ohne Angabe des Jahres und Druckorts) giebt den §. 182 folgendermaßen wieder: „Wenn sich der „Vater in die andere Ehe begiebt, soll er all sein Habe „und Gut mit den Kindern erster Ehe gleich theilen, „und vom Genuß des Theiles, welches er behalten oder „den Kindern zum Besten anwenden kann, soll er (der Vater) sie ehrlich erhalten und aussteuern."

*) C. O. v. Madai, Beitrag zur Erklärung des §. 182 der Curl. Stat. S. 221 u. 222 Anmerkung 2.

Daß diese Version nun sehr zweideutig ist, leuchtet ein, denn

1) läßt sich das Wort „gleich" eben sowohl auf die Zeit der Theilung, als auf die Art derselben beziehen, und selbst im letzteren Falle ist es nicht klar, ob der Vater die eine Hälfte, die Kinder zusammen die andere Hälfte erhalten sollen, oder ob der Vater eben so viel wie jedes einzelne Kind, folglich nur einen Kopftheil, bekommen soll; es wäre hier also bei der Dunkelheit der Uebersetzung nöthig, dieselbe aus dem dunkeln Lateinischen Text zu erklären, ein Umstand, der wahrlich nicht zu Gunsten dieser Uebersetzung spricht;

2) ferner ersieht man nicht recht, von den Früchten welchen Theiles die Kinder erhalten und ausgesteuert werden sollen, indem die Worte: „welches er selbst behalten oder den Kindern zum Besten anwenden kann", welche eine genauere Bezeichnung dieses Theils enthalten sollen, die beregte Frage keineswegs beantworten.

II. Nettelbladt'sche Uebersetzung. — Nettelbladt in seinem Werke: „Fasciculus rerum Curlandicarum, Rostock 1729", bei welchem der §. 182 als §. 189 erscheint, übersetzt ihn S. 106 wie folgt: „Wenn der Vater sich in die andere Ehe begiebt, soll er all seine Haabe und Wohlfahrt mit den Kindern erster Ehe zugleich theilen, und von dem Genuß des Theils, welches er behalten oder den Kindern zum Besten anwenden kann, soll er sie ehrlich unterhalten und aussteuern"

Diese Uebersetzung weicht von der zuerst erwähnten nur darin ab, daß sie die Worte „ex aequo" nicht durch „gleich", sondern durch „zugleich" wiedergiebt. — Ist nun

gleich diese letztere Deutung der Worte „ex aequo" insofern eine genauere, als das „zugleich" sich doch nur auf die Zeit der Theilung beziehen läßt, so ist doch auch in dieser Version des §. 182 das Theilungs-Princip nicht angegeben, und die übrigen gegen die vorher angeführte Uebersetzung gemachten Ausstellungen erscheinen auch gegen die Nettelbladt'sche vollkommen begründet.

Es können sonach diese beiden Uebersetzungen kaum als Interpretationen des §. 182 angesehen werden, da sie selbst vielmehr der Interpretation bedürfen.

III. Blomberg'sche Uebersetzung und Interpretation. — Herrmann Ulrich von Blomberg in seinem Capitel I. angeführten Werke übersetzt:

„Wenn der Vater zur anderen Ehe schreitet, so soll er all seine Haabe und Wohlfahrt mit den Kindern erster Ehe zugleich theilen, und deren jeden Antheil entweder selbst behalten oder zum Besten derer Kinder auf Interessen ausgeben, davon er die Kinder erhalten und aussteuern kann."

In dem Commentar zu dieser Uebersetzung, welchen ich, in Anbetracht der Seltenheit des von Blomberg'schen Werkes, wörtlich anführe, heißt es:

„Vor dieser Theilung ist dem Vater die zweite Heirath gar nicht zugelassen, damit denen Kindern an ihrem Gute nicht zu viel geschehe, denn man vermuthet, daß sie bei ihm nach vollzogener Heirath die Liebe gegen seine Kinder verringern werde, weil er solche seiner neuen Ehegattin und den mit derselben erzeugten Kindern zuwendet. — In Ansehung derer Interessen von der Kinder Vermögen ist also (?) der Vater nur usufructuarius, und verliert

demnach (?) den usumfructum, wenn die Kinder von ihren Gütern leben; haben die Kinder aber kein mütterlich Gut, so ist der Vater dennoch verbunden, selbige zu ernähren. Denn die alimenta sind ein debitum naturale, zu welchem der Vater verpflichtet ist."

Aus dieser Uebersetzung geht hervor, daß v. Blomberg statt „pro eius portione" „pro eorum portione" liest.

Gegen diese Blomberg'sche Uebersetzung und resp. Commentation ist aber Folgendes einzuwenden:

1) das Princip, nach welchem die Theilung vor sich gehen soll, ist eben so wenig angegeben, als in der Nettelbladt'schen Uebersetzung.

2) Da nach der Blomberg'schen Ansicht der Vater, wenn er den Antheil der Kinder zu ihrem Besten auf Interessen ausgiebt, die Kinder von diesen Interessen erhalten und aussteuern kann (sollte wohl heißen: muß), so bleibt die Frage übrig, was alsdann geschieht, wenn der Vater den Antheil der Kinder selbst behält, was ihm ja nach Blomberg's Ansicht freisteht.

3) Sodann spricht der Lateinische Text gar nicht von „Interessen", sondern von „fructus", und „fructus" hat doch offenbar eine viel weitere Bedeutung als Interessen, da unter fructus auch Interessen mit begriffen sind, während Interessen nur eine species der fructus civiles sind, was auch keineswegs controvers ist. Auch müßte man

4) wenn man fructus durch „Interessen" wiedergiebt, nothwendig annehmen, daß das zu theilende Vermögen des Vaters immer aus bloß fungiblen Sachen bestehe, da nur von solchen Interessen möglich sind. Endlich

5) ist es auch zweifelsohne sehr falsch, das Wort „tenebitur", welches eine stricte Vorschrift enthält, durch „kann" wiederzugeben, wie solches in der von Blomberg'schen Uebersetzung geschieht.

In dem Blomberg'schen Commentar zum §. 182 der Curl. Stat. ist es zunächst unklar, worauf sich das „sie" in dem Satze: „daß sie bei ihm nach vollzogener Heirath u. s. w.", bezieht; sodann aber läßt es sich nicht absehen, wie dadurch, daß der Vater den Antheil eines jeden Kindes entweder bei sich behält oder zu deren Besten auf Interessen ausgiebt, die Kinder davor gesichert werden, daß ihnen an ihrem Gute zu viel geschehe, während doch nach Blomberg's Ansicht diese Sicherstellung der Zweck des Gesetzes sein soll. Der Schluß der v. Blomberg-schen Interpretation von den Worten „in Ansehung derer Interessen" an, ist mir, ich muß es offen bekennen, vollständig unklar, da es mir ungeachtet aller Bemühungen nicht gelungen ist, den Gedankengang des Verfassers hier zu ermitteln.

Wenn nun nach der bisherigen Ausführung die Blomberg'sche Auffassung des §. 182 schon als unrichtig erscheinen möchte, so glaube ich um so mehr der genaueren Beprüfung und Bekämpfung der beregten Schlußargumentation überhoben zu sein.

IV. Birkel'sche Uebersetzung.

Birkel in seiner Uebersetzung der Curl. Stat.*), Mitau 1804, faßt den §. 182 in folgender Art auf:

*) Seite 132.

„Ein Vater soll, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, sein ganzes Vermögen mit den Kindern erster Ehe zu gleichen Theilen theilen, und von den Einkünften seines Antheils, den er entweder selbst behalten oder zum Besten der Kinder anlegen kann, dieselben zu ernähren und zu erziehen verbunden sein." —

Die Fehler dieser Birkel'schen Uebersetzung hat v. Madai*) klar und schlagend hervorgehoben.

Abgesehen davon, daß auch in dieser Uebersetzung die Worte ex aequo ungenau wiedergegeben sind, da das „zu gleichen Theilen" eben sowohl von Hälften als von Kopftheilen verstanden werden kann, erscheint die Birkel-sche Auffassung des §. 182 aus mehrfachen Gründen unzulässig:

1) wenn der Vater die Kinder nach erfolgter Theilung noch von den Früchten seines Antheils erziehen sollte, so mußte es statt pro eius portione heißen pro sua portione;

2) bei dieser Auslegung aber erscheinen die Worte „quam vel retinere vel in emolumentum liberorum exponere potest" als überflüssig, denn es versteht sich von selbst, daß, in wie fern nicht das Gegentheil ausdrücklich statuirt würde, der Vater über seinen Antheil frei disponiren kann.

Diese von Madai gemachten Einwendungen sind gewiß vollkommen richtig, dagegen kann ich mit ihm nicht übereinstimmen, wenn er es für eine Ungenauigkeit der Birkel'schen Uebersetzung hält, daß der Vater nach

*) l. c. Seite 222 u. 223.

derselben von den Früchten seines Antheils überhaupt die Kinder erster Ehe zu erziehen habe, während, wie Madai meint, er doch nur eine dem Umfange dieses Antheils entsprechende Quote dieser Früchte (pro eius portione) zu diesem Zwecke zu verwenden verpflichtet wäre. Allein wenn man schon statt des mir freilich richtig erscheinenden „pro eius portionis" die Worte „pro eius portione" behält, und, wie Birkel, das Wort eius auf pater bezieht, so möchte doch die Birkel'sche Uebersetzung, ihrer Unrichtigkeit ungeachtet, in diesem Punkte wenigstens nicht die ihr zum Vorwurf gemachte Ungenauigkeit enthalten, indem alsdann fructibus nur als nähere Erklärung zu „pro eius portione" treten würde, und der Satz sich so übersetzen ließe: „der Vater soll verpflichtet sein von seinem Antheil, jedoch nur von den Früchten desselben, die Kinder erster Ehe zu erziehen." — Auch den vierten von Madai gegen die Birkel'sche Interpretation vorgebrachten Einwand, daß nach derselben der §. 182 zum Theil nur als ein dem Vater vom Gesetze ertheilter guter Rath zu betrachten sei, da der Vater schon ohnehin zur Erziehung seiner Kinder rechtlich verpflichtet, und es ihm überlassen sei, die Einkünfte welchen Theiles seines Vermögens er zu diesem Zwecke verwenden wolle, halte ich nicht für richtig, da es sehr wohl denkbar wäre, daß der Gesetzgeber es habe hervorheben wollen, daß die gesetzliche Verpflichtung des Vaters, seine Kinder von seinem Vermögen zu erziehen, unerachtet der Theilung seines ganzen Vermögens mit den Kindern nicht alterirt sein solle.

Schließlich muß ich noch bemerken, daß es meiner Ansicht nach ein nicht geringer Fehler der Birkel'schen

Uebersetzung ist, daß, selbst angenommen, das Theilungsprincip würde nach derselben feststehen, es keineswegs ersichtlich ist, welche Rechte den Kindern an den ihnen zugefallenen Antheilen des väterlichen Vermögens zustehen, und welche dem Vater annoch verbleiben, mit andern Worten, wie man sich die unmittelbare Wirkung der Theilung zu denken habe.

V. Proch'sche Interpretation *).

Ludwig Proch erklärt den §. 182 in seiner Cap. I. angeführten Abhandlung zwar höchst originell, aber seine Erklärung möchte doch bei näherer Beprüfung sich als unhaltbar und willkürlich erweisen. — Nach seiner Ansicht spricht der §. 182 Stat. Curl. nur von dem dürftigen Wittwer. Der Wittwer sei, meint Proch, an und für sich zur Theilung seines Vermögens nicht verpflichtet; ist er jedoch dürftig, und will er das ihm in seiner Eigenschaft als dürftigen Ehegatten zustehende Intestat-Erbrecht an den Nachlaß seiner verstorbenen Gattin geltend machen, so concurrire er mit den Kindern erster Ehe, und erhalte einen Kopftheil, jedoch müsse er vorher sein eigenes Vermögen (fortunas suas omnes) in die Erbmasse einwerfen. So werde sein eigenes Vermögen indirect Gegenstand der Theilung, und auch von diesem erhalte dann der Vater einen eben so großen Antheil, als jedes seiner Kinder. Ueber seinen Antheil könne der Vater nun eben so frei wie früher disponiren, wie sich von selbst verstehe, so lange kein Gesetz das Gegentheil besage; daraus nun

*) v. Madai, Beitrag zur Interpretation des §. 182 Stat. Curl. S. 223—230.

folge, daß die Worte: ac pro eius portione, wegen der darauf folgenden Worte: quam vel retinere vel in emolumenta liberorum exponere potest, auf den Antheil der Kinder zu beziehen seien, weil sie, auf den Antheil des Vaters bezogen, jedenfalls etwas sich von selbst Verstehendes, Ueberflüssiges enthalten würden. Will der Vater also über den Antheil seiner Kinder disponiren, so ist er verpflichtet, dieselben nach Maßgabe des Ertrages dieses Antheils zu erhalten.

Um nun seine Interpretation auch grammatisch glaubwürdig und einleuchtend zu machen, erklärt er das eius in den Worten ac pro eius portione, durch eius, quod aequum est, und übersetzt dieselben: „nach Maßgabe des gleichen Antheils."

Wenn nun diese Interpretation, abgesehen zunächst von der Frage, ob sie richtig oder unrichtig ist, jedenfalls sehr bestimmt und unzweideutig ist, so läßt sich doch das Lob keineswegs auf die Proch'sche Uebersetzung des §. 182 übertragen, welche also lautet: „Der Vater, welcher zur „zweiten Ehe schreitet, ist verbunden, seine sämmtliche Habe „mit den Kindern erster Ehe gleich zu theilen, und nach „Maßgabe des Antheils (?), welchen er entweder in seiner „Verwaltung behalten oder zum Besten der Kinder an„legen kann, und zwar von den Früchten und Einkünften „desselben, die Kinder zu ernähren und zu erziehen;" — denn erstens ist das Wort „gleich", wie schon früher erörtert, sehr vieldeutig und undeutlich, zweitens ist von den Worten „und nach Maßgabe des Antheils" an, die ganze Uebersetzung eben so unklar, als der Lateinische Text, da doch die sehr natürliche Frage sich jedem auf-

drängt, von welchem Antheil hier eigentlich die Rede ist. Es möchte ein unbefangener Leser dieser Uebersetzung wohl schwerlich in ihr die geringste Andeutung der Proch'schen Interpretation wiederfinden. — Es stehen nun aber der Proch'schen Interpretation erhebliche Bedenken entgegen, und zwar zunächst grammatische. Proch nämlich übersetzt die Worte pro portione durch „nach Maßgabe", und erklärt das Wort eius durch die supplirenden Worte: quod aequum est. Allein alsdann würde das folgende quam, welches sich offenbar auf ein substantivum generis feminini, nicht neutrius generis, bezieht, und des Sinnes wegen unmöglich auf portio, wie Proch dieses Wort deutet, bezogen werden kann, nicht passen, indem zu eius vielmehr ein substantivum generis feminini, nicht aber neutrius generis supplirt werden müßte. — Dagegen scheint mir der von Madai*) gemachte Einwand falsch, daß, wenn eius auf den Antheil der Kinder bezogen wird (wie dies von Proch geschieht), es richtiger eorum heißen müßte, weil es sich hier nicht um den Antheil eines, sondern sämmtlicher Kinder handele. Allein erstens behauptet ja Proch, daß der Vater nur dann, wenn er über den Antheil eines seiner Kinder disponiren wolle, verpflichtet sei, dasselbe von diesem Antheil, nach Maßgabe des Ertrages desselben, zu erziehen, und es läßt sich sehr wohl denken, daß der Vater über den Antheil des einen zu disponiren gedenkt, während er den andern Kindern ihren Antheil selbst zur Verwaltung giebt: — zweitens aber behauptet ja Madai sowohl als auch

*) in der Cap. I. angeführten Abhandlung S. 229.

Proch (wie nicht nur seine Interpretation, sondern auch seine Uebersetzung beweist), daß das quam sich auf eius beziehe, und es läßt sich wirklich nicht absehen, warum unter diesen Prämissen eorum, auf welches doch das quam dann nicht bezogen werden könnte, richtiger sein sollte als eius, zu dem sich doch wenigstens ein substantivum generis feminini (statt des offenbar falschen quod aequum) ergänzen ließe.

Was nun aber die eigentlich juridischen Bedenken gegen die Proch'sche Interpretation anbetrifft, so sind diese insbesondere folgende:

1) Zunächst meint Proch, es hänge von der Willkür des zur zweiten Ehe schreitenden Mannes ab, sein Vermögen mit den Kindern erster Ehe zu theilen, oder diese Theilung auch dadurch zu vermeiden, daß er von dem ihm an dem Nachlaß seiner verstorbenen Frau zustehenden Erbrechte keinen Gebrauch mache, allein der §. 182 spricht ganz und gar nicht von einer solchen dem Manne zustehenden Wahl zwischen Theilung des eigenen Vermögens und Verzicht auf die ihm etwa zustehende Erbquote an dem Vermögen der Frau, ja es ist sogar nicht einmal möglich, daß der §. 182 dem Manne eine solche Alternative stellen konnte, da, wie sogleich nachgewiesen werden wird, derselbe das ihm von Proch eingeräumte Erbrecht gar nicht hat, wenigstens zur Zeit der Abfassung des §. 182 nicht hatte.

2) Sodann scheint Proch zu vergessen, daß der Wittwer, stände ihm überhaupt ein Erbrecht an dem Nachlasse der verstorbenen Frau zu, zur Beerbung derselben

schon zur Zeit ihres Todes, nicht erst zur Zeit der beabsichtigten zweiten Ehe, kommen würde.

3) Ferner knüpft Proch, bei seiner Art, den §. 182 zu interpretiren, die Verbindlichkeit des Wittwers zur Theilung des eigenen Vermögens an die Beerbung der verstorbenen Frau, während der §. 182 eine solche Verbindlichkeit an das Eingehen einer zweiten Ehe knüpft, und doch beide Momente, das Beerben der verstorbenen Frau und das Eingehen der zweiten Ehe, weder nothwendig, noch auch einmal in der Regel in dieselbe Zeit fallen werden.

4) Es fällt aber endlich eine Hauptstütze der Proch-schen Ansicht, wenn es sich nachweisen läßt, daß der dürftige Wittwer, als solcher, kein Erbrecht in dem Nachlaß seiner Frau hat.

Nach Römischem Rechte, und zwar nach Nov. 53 Cap. 6, stand allerdings dem dürftigen Wittwer in gleicher Weise wie der dürftigen Wittwe ein Erbrecht zu; allein die Nov. 117 hat dies ganz unzweideutig dahin geändert, daß nur die dürftige Wittwe ein Successionsrecht in den Nachlaß des verstorbenen Mannes haben solle*). Das gemeine Deutsche Privatrecht hat hieran nichts geändert**), da die eheliche Gütergemeinschaft, durch welche allerdings die Römischen Grundsätze über das Erbrecht der

*) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Band III. §. 931. — Glück, Lehre von der Intestat-Erbfolge. §. 136 u. 137.

**) G. Phillips, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechtes. (3. Auflage. 1846.) Band II. §. 169. — R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Rechts. (1. Auflage. 1832.) Band II. §. 549.

Ehegatten modificirt werden, gesetzlich keineswegs in ganz Deutschland stattfindet *),

während die portio statutaria, so häufig sie auch vorkommt, doch nicht als gemeinrechtlich zu betrachten ist **),

und selbst da, wo sie sich vorfindet, nicht immer den Character eines Erbrechts hat, sondern von sehr verschiedenartiger juristischer Natur ist ***).

In Curland ist dem Wittwer bei beerbter Ehe gesetzlich ebenfalls das in Rede stehende Erbrecht nicht zuerkannt, und wenngleich die hiesige Praxis dem Wittwer, ohne Unterschied, ob er dürftig ist oder nicht, ein solches Erbrecht zuweisen soll †), so konnten doch jedenfalls die Verfasser der Curl. Stat. diese erst später ausgebildete Praxis noch nicht berücksichtigt haben, und es kann dieselbe daher für die Interpretation des §. 182 nicht maßgebend sein.

Hätte nun aber auch dem dürftigen Wittwer schon zur Zeit der Abfassung der Curl. Stat. in praxi ein Erbrecht an dem Nachlasse der verstorbenen Frau zugestanden, welches dann jedenfalls aus dem nicht richtig verstandenen Römischen Rechte hätte hergeleitet werden müssen, so wäre er doch, sofern das hiesige Particularrecht nicht das Gegentheil anordnet, nicht zur Collation seines eigenen Vermögens verpflichtet, und würde auch nicht immer einen Kopftheil erben, da ja nach Römischem Rechte die dürftige Wittwe im Fall der Concurrenz mit drei oder weniger Kin-

*) Phillips l. c. §. 136.

**) Maurenbrecher l. c. § 474.

***) Ebendas.

†) Neumann, Curl. Erbrecht. §. 24. S. 68.

dern $1/4$ der Erbschaft erhält*), und dem dürftigen Wittwer das in Rede stehende Erbrecht, stände es ihm überhaupt zu, nur in derselben Weise wie der dürftigen Wittwe zustehen würde.

Eine Collations-Verbindlichkeit des Ehemannes, wie sie Proch aus den Curl. Stat. nachzuweisen sucht, ist in denselben nicht begründet. — Proch beruft sich auf die §§. 189—201 der Curl. Stat., allein der §. 196, auf den Proch besonderes Gewicht legt, besagt nur, daß der überlebende Ehegatte, wenn keine Kinder vorhanden sind, die Hälfte von dem Vermögen des Verstorbenen erhalten solle, während die andere Hälfte den nächsten Verwandten des verstorbenen Ehegatten zufalle; beim Recht der gesammten Hand soll jedoch der überlebende Ehegatte nur den vierten Theil von den Gütern des Verstorbenen erhalten; der §. 193 aber spricht nur von der Wittwe, welche, wenn sie mit Kindern concurrirt, zwischen ihrer dos, dem dotalitium und einem Tochtertheile, der aber, wenn nämlich Söhne vorhanden sind, nicht einen Kopftheil betragen würde, zu wählen haben solle. Dieser §. kann aber nur auf die Wittwe bezogen werden, da nur die Wittwe eine dos conferiren, nur sie ein dotalitium beanspruchen kann. — Jedenfalls braucht die vidua superstes zufolge dieses §., der übrigens gar nicht bloß von der dürftigen Wittwe, sondern von der Wittwe überhaupt, insofern sie mit Kindern des verstorbenen Mannes concurrirt, spricht, nur ihre dos zu conferiren, nicht aber ihr gesammtes Vermögen. Wollte man diesen §. nun aber

*) Nov. 117. Cap. 5. — Göschen l. c. §. 931.

doch analog auf den Mann anwenden, welches Verfahren indeß, wie eben bemerkt, nicht zulässig ist, so brauchte ja auch er nicht sein gesammtes Vermögen zu conferiren, wie Proch meint, sondern etwas der dos Entsprechendes; daß aber unter dos namentlich schon in den Curl. Stat. das gesammte fräuliche Vermögen zu verstehen sei, wie v. Bunge*) annimmt, scheint mir in den Quellen nicht begründet, wenngleich es wahr ist, daß eine spätere Praxis die dos und das übrige Vermögen der Frau, mit Ausnahme der bona receptilia, nach gleichen Grundsätzen behandelt.

Zuletzt sei es mir gestattet, noch auf zwei, wie es mir scheint, irrige Behauptungen v. Madai's**), durch welche er Proch zu widerlegen sucht, aufmerksam zu machen.

Er behauptet nämlich:

1) wenn Proch die Collations-Verbindlichkeit des dürftigen Wittwers aus den Curl. Stat. zu begründen suche, so beruhe dies wohl nur auf einer Verwechselung der Begriffe: illatio (dotis) und collatio; allein der §. 193 spricht, wenn er auch auf den Wittwer nicht anwendbar ist, doch jedenfalls von einer Collation der dos, diese dos muß die Wittwe conferiren, wenn sie einen Tochtertheil aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten erben will***).

2) Nach der Nov. 117 Cap. 5 habe die dürftige Wittwe, wenn sie in Concurrenz mit Kindern ihren ver-

*) Curl. Privatrecht §. 198.

**) In der mehrfach erwähnten Abhandlung S. 226 u. 227.

***) Neumann, Curl. Erbrecht S. 48 Anmerkung.

storbenen Ehegatten beerbe, an ihrem Erbtheil nicht Eigenthum, sondern nur den Nießbrauch. Dies müsse nun auch in gleichem Falle von dem Wittwer angenommen werden. Dadurch, meint v. Madai, würde nun Proch's Argumentation: daß, weil der Vater an seinem Antheil unstreitiges Eigenthum habe, die Worte „ac pro eius portione", wegen des darauf folgenden quam vel retinere vel .... exponere potest, auf den Antheil der Kinder bezogen werden müßten, widerlegt. — Allein ich kann nicht umhin, von der Nov. 117 Cap. 5 eine andere Ansicht zu hegen, als v. Madai. — Es liegt nämlich im Begriff und in der Natur der Erben-Qualität, daß die dürftige Wittwe, wenn sie ihren Mann beerbt, nach Maßgabe ihres Erbantheils in alle übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten des defuncti succedirt, folglich auch nach Maßgabe dieses Erbantheils an allen denjenigen Sachen Eigenthum erhält, an welchen es der verstorbene Gatte hatte. Wäre es anders, so wäre sie nicht Erbin *). — Legt man nun die betreffende Stelle der Nov. 117 Cap. 5 wörtlich aus, so ist die Frau nicht als Erbin zu betrachten, weil sie ja alsdann nicht in alle Rechte und Verbindlichkeiten ihres verstorbenen Mannes succedirt, sondern nur den Nießbrauch erhält. Allein es scheint vielmehr, daß Justinian nur hat sagen wollen: „Die Frau soll das, was sie erhält, nicht veräußern dürfen, sie soll es für den Fall, daß ihre Kinder sie überleben, für diese aufbewahren, es ihnen hinterlassen."

---

*) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. III. §. 959.

So legt diese Stelle aus Göschen*), und eine andere Auslegung möchte auch wol nicht zulässig sein, will man die Frau nach Nov. 117 Cap. 5 überhaupt als Erbin betrachten. Uebereinstimmend hiermit ist Glück**).

Kehren wir nun aber zur Proch'schen Interpretation des §. 182 zurück, so möchte sich wohl, nach genauerer Beprüfung derselben, das Resultat nicht von der Hand weisen lassen, daß dieselbe in eben dem Maße unrichtig und willkürlich ist, in welchem sie Originalität für sich in Anspruch zu nehmen hat.

Der Vorwurf der Willkürlichkeit trifft auch die angeblich in praxi recipirte Interpretation des §. 182, zu deren Beprüfung ich mich zunächst wende.

VI. Angeblich in praxi recipirte Interpretation***).

Nach der angeblich in praxi recipirten Interpretation des §. 182 der Curl. Stat., soll derselbe lediglich von der Theilung des mütterlichen Vermögens sprechen. — Man liest nämlich anstatt „fortunas suas" „fortunas illas", welche Worte sich auf die im §. 181 †) erwähnten bona

---

*) l. c. Bd III. §. 931.

**) Die Lehre von der Intestat-Erbfolge §. 140, insbesondere S. 442 u. 443.

***) v. Madai l. c. S. 230—235.

†) Derselbe lautet: **Liberi diversi matrimonii bona sua materna percipient, fratribus et sororibus germanis tantum, non uterinis exclusis.** — Vergleiche noch hierzu Ludwig Proch in der bereits mehrfach angeführten Abhandlung S. 324—326, v. Bunge, Curl. Privatrecht S. 484 Anm. e. und Neumann, Curl. Erbrecht S. 44.

materna beziehen sollen, und statt eius, in den Worten „ac pro eius portione", „eorum".

Vermöge dieser Emendation des Lateinischen Textes glaubt man nun zu folgendem Resultate gelangen zu müssen: Der zur zweiten Ehe schreitende Vater muß das gesammte Vermögen der verstorbenen Ehefrau, dessen Betrag er gerichtlich anzuzeigen, resp. zu erweisen hat, mit den Kindern der verstorbenen Ehefrau theilen, bei welcher Theilung dem Vater ein Kindestheil zufällt; diesen Kindestheil muß er den Kindern der verstorbenen Ehefrau in der Art sicherstellen, daß nur sie nach seinem Tode denselben erhalten.

Uebrigens verliert der Vater den Nießbrauch der den Kindern der verstorbenen Ehefrau zugefallenen bona materna, welche er bisher verwaltet hat. Ueber diese wird nunmehr eine besondere Vormundschaft errichtet. Reicht das den Kindern bei der Theilung zugefallene Vermögen nicht aus, so ist der Vater verpflichtet, die Kinder von seinem eigenen Vermögen zu ernähren, braucht aber den Nießbrauch des ihm selbst zugewiesenen Antheils aus dem mütterlichen Vermögen nicht aufzugeben.

Diese Interpretation scheint mir entschieden unrichtig zu sein, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Zunächst ist die Emendation des Wortes suas in illas, wie v. Madai*) treffend bemerkt, zu gleicher Zeit willkürlich, wegen des darauf folgenden „omnes" unpassend, und endlich den allgemeinen Grundsätzen der Kritik widersprechend; denn der undeutliche und corrumpirte Text

*) in der Cap. I. angeführten Abhandlung S. 232.

des §. 182 Stat. Curl. berechtigt nicht zu willkürlicher Veränderung desselben, sondern lediglich zur Anwendung der Kritik, insbesondere der Conjecturalkritik, welche als Wissenschaft eben jede Willkür ausschließt.

2) Angenommen selbst, diese Emendation wäre ganz passend, so sagt der §. 182 kein Wort davon, daß der Vater das Vermögen der verstorbenen Ehefrau gerichtlich anzeigen, nöthigen Falls erweisen müsse.

3) Der §. 181, mit welchem, nach dieser Interpretation, vermöge der Emendation von suas in illas, der §. 182 in unmittelbare Verbindung gebracht worden, spricht an dem Nachlasse der Ehefrau nur deren leiblichen Kindern ein Erbrecht zu, stimmt also ganz mit dem gemeinen Rechte überein. Dieses Erbrecht ist aber sofort beim Tode der Mutter wirksam. Sollte nun aber dem überlebenden Ehemanne für den Fall, daß er zur zweiten Ehe schreitet, durch §. 182 ebenfalls ex post ein Erbrecht eingeräumt sein, so würde

a) statt der gemeinrechtlichen poena secundarum nuptiarum, bestehend in dem Verluste des Eigenthums an allen denjenigen Gegenständen, die der conjux superstes der Freigebigkeit der verstorbenen Gattin verdankt, geradezu eine Belohnung des Vaters für das Eingehen einer zweiten Ehe stattfinden, und zwar

b) eine Belohnung auf Kosten der Kinder der verstorbenen Gattin, welche sich dann eine Verringerung ihrer bereits erworbenen Erbportionen zu jeder Zeit gefallen lassen müßten, sobald es dem Vater einfällt, eine neue Ehe zu schließen; wobei auch in Betracht kommt, daß auf diese Weise selbst solche Kinder der

verstorbenen Gattin benachtheiligt werden können, mit welchen der conjux superstes gar nicht einmal verwandt ist *).

Sonach möchte das in Rede stehende Erbrecht des conjux superstes wohl schwerlich anzunehmen sein, wiewohl durch eine solche Annahme keineswegs, wie v. Madai**) meint, eine Antinomie zwischen §. 181 und 182 herbeigeführt werden würde, indem alsdann vielmehr der §. 182 als Ergänzung des vorhergehenden zu betrachten wäre.

4) Eben so wenig wie des qu. Erbrechts des Vaters ist in diesem §. auch nur mit einer Silbe dessen Erwähnung gethan, daß der Vater den bei der Theilung des mütterlichen Vermögens ihm zugefallenen Antheil in der Art sicher stellen solle, daß derselbe nach seinem Tode nur den Kindern der verstorbenen Ehegattin zufällt.

5) Dasselbe gilt denn auch von der Behauptung, daß der zur zweiten Ehe schreitende Ehegatte den Nießbrauch der den Kindern der verstorbenen Gattin zugefallenen bona materna verlieren solle. — Gemeinrechtlich trifft ihn dieser Nachtheil nicht, sondern durante patria potestate gehören diese bona materna zum peculium adventitium der Kinder, und bleiben in der Verwaltung und im Nießbrauche des Vaters, gleichviel, ob er zur zweiten Ehe schreitet, oder nicht ***).

6) Auch von der in dieser Interpretation erwähnten besonderen Vormundschaft, welche über die den Kindern

*) Nämlich Kinder von einem früheren Manne.

**) l. c. Seite 235.

***) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Band II. §. 303.

der verstorbenen Gattin zugefallenen bona materna constituirt werden soll, und die auch dem gemeinen Rechte vollständig unbekannt, ist im Lateinischen Texte des §. 182 nicht die geringste Andeutung enthalten. — Im Gegentheil widersprechen dieser Annahme sowohl, als der sub 5 erwähnten, sehr deutlich die Worte: quam vel retinere vel .... exponere potest.

7) Eine bloße Umschreibung dieser zuletzt angeführten Lateinischen Worte, mithin eine Billigung der dort verworfenen Leseart pro eius portione, liegt in der Bemerkung, daß der Vater den Nießbrauch des ihm zugefallenen Antheils nicht aufzugeben brauche.

Schließlich muß ich noch bemerken, daß der v. Madai'sche Einwand, demzufolge, wenn man für „eius" „eorum" liest, es auch nothwendig quas für quam heißen müßte, nach meiner Ansicht nicht richtig ist, da es keineswegs nöthig ist, das quam auf ein zu eius gehöriges substantivum generis feminini zu beziehen, indem ja auch die Beziehung des quam auf portione nicht im Geringsten unrichtig wäre, und am Ende näher liegt, wenn man überhaupt portione für portionis liest.

VII. v. Madai'sche Interpretation.

v. Madai*) giebt dem §. 182 folgende Deutung: „Geht ein Ehemann nach dem Tode der Frau eine zweite „Ehe ein, so fällt die Hälfte seines eigenen Vermögens „den Kindern erster Ehe zu. Allein herauszuzahlen „braucht er ihnen diese Hälfte**) nicht, vielmehr kann

*) l. c. S. 235—247 und S. 312.

**) Es ist daher falsch, wenn Neumann, im Inlande vom Jahre 1848 Nr. 49 Spalte 1040, und im Curl. Erbrecht S. 48,

„er dieselbe bis zu seinem Tode behalten und verwalten, „jedoch muß er aus ihren Einkünften, und zwar nach „Verhältniß derselben, die Kinder erster Ehe erziehen und „alimentiren."

Eine Rechtfertigung dieser Deutung findet v. Madai im Polnischen Rechte. So wie nämlich mehrfach Grundsätze des Polnischen Rechts in die Curl. Stat. hinüberwanderten, (was sich daraus erklärt, daß die Verfasser der Curl. Stat. sämmtlich Polen waren, denen natürlich ihr eigenes Recht besser bekannt war, als die fremden Rechte), so sei auch der §. 182 der Curl. Stat. dem Polnischen Rechte entlehnt. — Das ältere Polnische Gewohnheitsrecht nämlich setze schon fest, daß beim Tode der Mutter die Hälfte des väterlichen Vermögens auf ihre Kinder falle, und dieses finde seine Erklärung in der unter den Slaven herrschenden Gütergemeinschaft. Indem diese durch den Tod der Mutter aufgelöst werde, falle die ihr bis dahin zugehörige Hälfte (doch wohl des gesammten durch eheliche Gütergemeinschaft vereinigten Vermögens) auf die Kinder, als Repräsentanten der Mutter. — Dieses ältere Polnische Gewohnheitsrecht nun sei durch eine Verordnung Casimirs des Großen vom Jahre 1368, und durch eine andere von Wladislaus Jagello vom Jahre 1423, modificirt, indem die erstere der angeführten Verordnungen es festsetze, daß die Kinder ihren Antheil nicht eher fordern dürften, als bis der Vater zur zweiten Ehe schreitet, die zweite

---

annimmt, v. Madai sei der Ansicht, der Vater müsse die Kinder von den Früchten seines Antheils erziehen, alimentiren und aussteuern.

dagegen es dem Vater selbst, im Falle der Eingehung einer zweiten Ehe, überlasse, ob er den Kindern erster Ehe ihren Erbantheil sofort auszahlen oder bis zu seinem Tode bei sich behalten wolle, und ihm nur zur Pflicht mache, den ersteheliсhen Kindern ihre Erbportionen schon im Voraus festzustellen. — Demgemäß müßte also ex aequo dividere durch: in zwei Hälften theilen, übersetzt, und zu eius in den Worten „ac pro eius portione" „medietatis" ergänzt werden.

Diese v. Madai'sche Interpretation des §. 182 wird von dem durch seine Slavische Rechtsgeschäfte berühmten Professor Maciejowski bestätigt*), welcher namentlich angiebt, daß der §. 182 der Curl. Stat. wörtlich aus dem ältesten Polnischen Rechte (und zwar aus dem Rechte der alten Masuren) entlehnt sei. Dieses sei zwar durch die Statuten Casimir's des Großen modificirt, doch fänden sich noch Anspielungen auf dieses älteste Recht in demselben Statut. Die Sache erkläre sich aus der Gütergemeinschaft der Slaven u. s. w.

Ich muß aufrichtig bekennen, daß ich nicht umhin kann, mit Neumann**) diese v. Madai'sche Interpretation aus mehrfachen Gründen für unrichtig zu halten:

1) Es ist allerdings, wie Neumann***) schon darauf aufmerksam macht, befremdend, daß die Polnischen Commissarien von 1617 bei Abfassung der Curl. Stat. nicht das damals bei ihnen geltende, sondern das seit

*) Nachtrag zur Abhandlung IX. in v. Bunge's und v. Madai's theoretisch-practischen Erörterungen. Bd. I. S. 312.

**) Curl. Erbrecht S. 49 ff.

***) l. c. S. 49.

Jahrhunderten antiquirte Polnische Recht berücksichtigt und für Curland haben feststellen wollen, denn, wie Maciejowski selbst zugiebt, und die später anzuführenden leges seu statuta ac privilegia regni Poloniae von Sigismund August aus dem Jahre 1551, und selbst schon die Constitution von Wladislaus Jagello vom Jahre 1423, auf welche doch v. Madai besonders sich beruft, beweisen, stimmt die v. Madai'sche Interpretation, mag auch der §. 182 der Curl. Stat. noch so wörtlich dem älteren Polnischen Rechte entnommen sein, jedenfalls nicht mit dem spätern, zur Zeit der Abfassung der Curl. Stat. geltenden, Polnischen Rechte überein.

2) Abgesehen aber von diesem Umstande, erklärt sich eine Theilung des väterlichen Vermögens, wie es mir scheint, keineswegs aus der Gütergemeinschaft. — Es liegt nämlich im Begriff derselben, daß, soll anders dieses Verhältniß juristisch construirt werden, in dem vereinigten Vermögen der Ehegatten keine physischen Separattheile, sondern intellectuelle Theile unterschieden werden *). Es sind sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten unter den Eheleuten nach intellectuellen Hälften vertheilt; stirbt nun die Mutter, und fällt dann, wie Madai annimmt, die der Mutter zustehende Hälfte, also ihr Vermögen (mithin mütterliches Vermögen), auf ihre Kinder, so würde hierin keineswegs eine Theilung des väterlichen Vermögens liegen, sondern vielmehr eine Bestätigung des

*) Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Rechts. §. 491. — Gerber, System des Deutschen Privatrechts. §. 232 ff.

gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß die Mutter ihr Vermögen auf ihre Kinder vererbe.

Es verordnen aber auch die Constitution des Wladislaus Jagello von 1423 und die leges seu statuta ac privilegia regni Poloniae von Sigismund August aus dem Jahre 1551 nicht die Theilung des väterlichen, sondern vielmehr des mütterlichen Vermögens. Um diese Behauptung klar zu beweisen, möchte es genügen, die erwähnten Polnischen Gesetze, welche ich, da mir die Quellen des Polnischen Rechts selbst nicht zugänglich sind, aus Neumann's Curl. Erbrechte *) entlehne, hier wörtlich anzuführen:

Constitutio Vladislai Jagellonis. Cracoviae et Varthae 1423.

Pater ad secundas nuptias convolans in bonis suis remanet, filiis primae uxoris portione, quam post eam tulit, assignata. Ubi autem plures sunt filii, quorum alii sunt adulti, alii vero minorennes, adultis portio bonorum maternorum, uti praemittitur, iusta divisione ab aliorum fratrum portionibus separata, per patres dari et consignari debebit, aliorum vero filiorum minorennorum portiones usque ad praedictam aetatem apud patrem remanebunt.

Leges seu statuta ac privilegia regni Poloniae.

(Sigismundus Augustus. Datum Cracoviae, dominica Sacratissimae Trinitatis MDLI.)

---

*) S. 80.

Lib. III. Cap. III. art. I.

Pater viduus ne det pueris suis bona illorum materna, nisi forte ad secundas convolet nuptias.

l. 2. Digamus pater det filiis bona materna.

In quadam constitutione nostri praedecessoris decretum extitit, videlicet in capitulo ex communi usu etc., quod moriente matre puerorum patre cum alia contrahere volente, pueri a patre petere valeant portionem maternam — — ex nunc statuimus:

Quod pater, habens filios, dum post mortem genitricis eorum ad secundas nuptias convolaverit, non tenebitur, nisi forte velit sponte, praedictis filiis suis portionem hereditariam assignare, dummodo dissipator bonorum non existat: sed usque ad mortem suam in bonis hereditariis quibuscunque dominare et manere valebit et poterit: assignata duntaxat praedictis filiis suis portione, quam post matrem ipsorum ratione dotis seu nuptiarum tulit et recepit.

Lib. III. Cap. V. art. II. l. II.

Cum vero pueri primae uxoris portionem suam aequalem a patre eis sponte ex divisione perpetua oblata obtinuerint: tunc portio secundae uxoris filiis aut filiabus eiusdem cedere debet integraliter.

(Vladislaus Jagello. Cracoviae et Varthae 1423.)

4) Es steht nach der v. Madai'schen Auffassung des §. 182 der Curl. Stat. derselbe im Widerspruch mit §. 183 *), welcher die gemeinrechtliche Vorschrift wieder-

*) Patre defuncto liberi primi matrimonii quod in dotem atque (in) mundum muliebrem a patre ipsis datum fuerit,

holt, daß Kinder aus verschiedenen Ehen den gemeinsamen parens concurrirend beerben sollen, was aber dann nicht der Fall wäre, wenn die Kinder erster Ehe, bei Eingehung einer zweiten Ehe von Seiten ihres Vaters, die eine Hälfte des väterlichen Vermögens erhalten würden, und den Kindern zweiter Ehe, von denen möglicherweise eine größere oder geringere Anzahl als von den Kindern erster Ehe vorhanden sein kann, erst beim Tode des Vaters das übrige Vermögen zufallen würde.

VIII. Seraphim'sche Interpretation.

IX. v. Bunge'sche Interpretation*).

In den Cap. I. angeführten Abhandlungen der Oberhofgerichts-Advocaten Ernst und Theodor Seraphim, desgleichen in dem daselbst angeführten Werke des Herrn v. Bunge ist eine Erklärung des §. 182 aus dem Deutschen Rechte versucht, resp. angedeutet worden; im Resultate stimmen die Verfasser mit der v. Madai'schen Interpretation überein. — Dieses letzteren Umstandes wegen gilt denn auch gegen ihre Auslegung die zuletzt gegen die v. Madai'sche Interpretation gemachte Einwendung, daß

---

conferre. et post hanc collationem factam in paterna haereditate ex aequo cum liberis secundi matrimonii succedere debent.

*) Aus Gründen der Zweckmäßigkeit, namentlich um Zusammengehörendes nicht zu trennen und der größeren Kürze wegen, habe ich diesen Ort gewählt, um meine Einwendungen gegen die v. Bunge'sche Interpretation des §. 182 der Curl. Stat. vorzubringen, obgleich ich nach der sonst von mir beobachteten chronologischen Ordnung, bei der Beprüfung der bisherigen Interpretations-Versuche, die v. Bunge'sche Ansicht erst nach der Neumann'schen hätte abhandeln müssen.

nämlich bei dieser Auffassung des §. 182 der Curl. Statuten derselbe in offenbarem Widerspruch mit dem §. 183 steht.

Anlangend nun aber die von dem Oberhofgerichts-Advocaten Seraphim versuchte Herleitung des §. 182 aus dem Deutschen Rechte, so ist zu bemerken, daß zwar allerdings nach mehren Deutschen Particularrechten in dem Falle, daß der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreitet, eine Abschichtung, Abfindung, der Kinder erster Ehe stattfindet, daß jedoch die zum Belege und zur Rechtfertigung dieser Herleitung angeführten Schriftsteller *) theils gar nicht von dem Falle einer zweiten Ehe sprechen, wie z. B. Eichhorn a. a. O. **), theils mit dem §. 183 der Curl. Stat. im Widerspruche stehen, wie z. B. Hert und Höpfner a a. O., da nach ihnen die abgefundenen Kinder in das übrige Vermögen nur alsdann succediren, wenn aus der zweiten Ehe keine Kinder vorhanden sind, während andere, z. B. Struben l. c., von einer Theilung des Vermögens der verstorbenen Gattin reden und endlich die allegirte Stelle aus Maurenbrecher die eheliche Gütergemeinschaft, welche gesetzlich wenigstens in Curland nicht stattfindet, zu ihrer Voraussetzung hat.

---

*) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. I. §. 63. — Höpfner, theoretisch-practischer Institutionen-Commentar. 8. Ausgabe. §. 164. — Hert, Resp. 194. Responsum 195. — Struben, rechtliche Bedenken, 70 — Maurenbrecher l. c. §. 500.

**) Vergl. noch die daselbst angeführte Stelle aus der lex Burgundionum.

X. Neumann'sche Interpretation.

Neumann in seiner Recension der v. Rummel'schen Ausgabe der Curl. Stat. im Inlande vom Jahre 1848 Nr. 49, desgl. im Curl. Erbrecht *), leitet den §. 182 der Curl. Stat., indem er für „portione" „portionis", und für „fructibus" „fructu" liest, ebenfalls aus dem Polnischen Rechte her, kommt jedoch zu einem ganz andern Resultate, als v. Madai.

Aus dem Polnischen Rechte, wie es zur Zeit der Abfassung der Statuten gegolten, ersehe man, daß der §. 182 der Curl. Stat. mit dem Polnischen Rechte nicht nur seinem Inhalte nach, sondern auch in einzelnen bezeichnenden Worten und Wendungen übereinstimme. Aus dem Polnischen Rechte werde auch klar, daß, da die Polnische dos, nachdem sie in das Vermögen des Ehemanns übergegangen, wenn dieser zur zweiten Ehe schreitet, den Kindern erster Ehe ausgeantwortet oder wenigstens assignirt wurde, die Worte „fortunas suas omnes" nur vom väterlichen Vermögen, insoweit darunter das in dasselbe übergegangene seiner ersten Frau begriffen, zu verstehen sei.

Hiervon ausgehend, gelangt Neumann dennoch in seiner Recension der v. Rummel'schen Ausgabe der Curl. Stat. und in seinem Erbrechte zu von einander ganz verschiedenen Resultaten.

Im Inlande vom Jahre 1848 Nr. 49. Spalte 1041 nämlich meint Neumann, daß der Sinn des §. 182 der sei: der zur zweiten Ehe schreitende Vater soll, unter Aufrechthaltung seiner gesetzlichen Alimentations-Verbind-

---

*) S. 44—82.

lichkeit, das gesammte Vermögen seiner verstorbenen Ehegattin mit deren Kindern erster Ehe theilen, und den auf ihn fallenden Antheil in der Art sicherstellen, daß derselbe nach seinem, des Vaters, Tode nur den Kindern erster Ehe zufalle.

Im Curl. Erbrechte aber giebt er dem §. 182, wie es mir wenigstens scheint, eine entschieden andere Deutung. Es heißt hier S. 46:

Der zur zweiten Ehe schreitende Vater müsse nicht bloß das gesammte, den Kindern von deren verstorbenen Mutter zugefallene Vermögen, wenn es sich in seiner, des zur zweiten Ehe Schreitenden, Verwaltung befindet, herausgeben oder sicherstellen, sondern ein Gleiches auch rücksichtlich des ihm von seiner verstorbenen Ehegattin zugefallenen Erbantheils thun, damit dieser Antheil nach seinem, des zur zweiten Ehe Schreitenden, Ableben nur auf die Kinder der früheren, nicht aber die der späteren Ehe falle, und solchergestalt das von der ersten Gattin herrührende Vermögen nur ihnen, nicht aber den Kindern späterer Ehe zu gute komme, obgleich sonst die durchgreifende Regel gilt, daß bei der Erbfolge auf den Ursprung des Vermögens, von welcher Seite dasselbe herkomme, gar nicht, sondern nur auf die gesetzliche Nähe der Erbberechtigung gesehen wird.

S. 47 aber heißt es, die Praxis bei ihrer Interpretation des §. 182 habe Recht, keine andere Benachtheiligung des zur zweiten Ehe schreitenden Vaters anzunehmen, als die, daß er das ihm von der ersten Ehegattin überkommene Vermögen mit deren Kindern theile.

S. 51 wird dies wiederholt mit dem Hinzufügen, dies bedeute mit andern Worten: der zur zweiten Ehe schreitende Vater brauche seinen erstehelichen Kindern bloß ihr Erbtheil aus ihrem mütterlichen Vermögen auszukehren, oder bei sich, als ihnen gehörig, aufzubewahren.

S. 52 Anmerkung wird endlich gesagt, der pater digamus habe den Nießbrauch an den Erbportionen der Kinder, für diesen Nießbrauch müsse er sie erziehen und ihnen nach ihrer Erziehung eine Stellung im Leben besorgen, sie aussteuern.

Von seinen beiden Interpretationen nun behauptet Neumann, daß sie mit der Praxis, dem Polnischen Rechte, dem Römischen Rechte, der Bauerverordnung und endlich mit der Kirchenordnung übereinstimmen.

Wenn ich nun nicht nur die Richtigkeit dieser letzteren Behauptung, sondern auch der Neumann'schen Interpretation und ihres Resultates an sich in Abrede stellen muß, so glaube ich bei der Darlegung meiner Einwendungen um so sorgfältiger zu Werke gehen zu müssen, je tüchtiger der Gegner ist, auf dessen Bekämpfung es hier ankommt.

Beprüfen wir genauer die im Curl. Erbrechte durchgeführte Interpretation des §. 182, so scheint dieselbe weder mit sich selbst im Einklange zu stehen, noch auch mit der in praxi recipirten, nach Neumann's eigener Mittheilung in der schon mehrfach citirten v. Madai'schen Abhandlung dargestellten Auslegung übereinzustimmen.

Wenn nämlich S. 46 behauptet wird, daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater den Kindern erster Ehe das gesammte ihnen von ihrer verstorbenen Mutter zugefallene Vermögen herausgeben oder sicherstellen, und

ein Gleiches auch hinsichtlich des ihm selbst von der verstorbenen Ehegattin zugefallenen Erbtheils thun müsse, so würde man dies so auslegen müssen, daß also der Vater auch seine gesammte ihm von der verstorbenen Ehegattin zugefallene Erbportion den Kindern der ersten Frau herausgeben oder sicherstellen müsse; wenn aber S. 47 es heißt: Der Vater brauche, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, lediglich das ihm von der verstorbenen Frau zugefallene Vermögen mit den Kindern erster Ehe zu theilen, so möchte doch dies mit dem Seite 46 Gesagten in nicht zu hebendem Widerspruche stehen, da nach der zuerst angeführten Stelle der Vater seinen ganzen Erbtheil aus dem Vermögen der verstorbenen Gattin den ersteheliche Kindern sicher zu stellen oder herauszugeben verpflichtet ist, während er nach der letztangeführten Stelle mehr als seinen Erbtheil, nämlich sein von der verstorbenen Frau ihm überkommenes Vermögen überhaupt mit den Kindern erster Ehe nur zu theilen hat. — Endlich ist es unklar und auch wohl gewiß nicht richtig, wenn es S. 51 heißt: die Verpflichtung des zur zweiten Ehe schreitenden Vaters, sein ganzes ihm von der Frau überkommenes Vermögen mit den Kindern von derselben zu theilen, ließe sich auch mit andern Worten so ausdrücken, er müsse ihnen nur ihr Erbtheil aus ihrem mütterlichen Vermögen auskehren oder bei sich, als ihnen gehörig, aufbewahren, allein dies Erbtheil der Kinder aus ihrem mütterlichen Vermögen und eine Quote des väterlichen, auf den Vater von der verstorbenen Ehegattin übergegangenen Vermögens, möchten doch wesentlich verschiedene Dinge sein.

Daß diese Interpretation mit der angeblich in praxi recipirten nicht übereinstimmt, leuchtet ein, und zwar schon namentlich deswegen, weil nach der Ansicht der Praxis, wenn der Vater zur zweiten Ehe schreitet, das gesammte Vermögen der verstorbenen Gattin getheilt wird, bei welcher Theilung der Vater einen Kindestheil erhält, dagegen den Nießbrauch an der Erbschaft der Kinder verliert, während er nach Neumann's Ansicht grade umgekehrt den Nießbrauch an den, den Kindern zugefallenen, Erbportionen haben, jedoch dafür die Kinder alimentiren und aussteuern muß.

Daß die in der Recension der v. Rummel'schen Ausgabe der Curl. Stat. ausgeführte Interpretation des §. 182 mit der so eben behaupteten nicht übereinstimme, bedarf kaum der Erwähnung; mit der in praxi angeblich recipirten Auslegung aber stimmt sie in sofern nicht überein, als in ihr von dem Verluste des Nießbrauchs an der Erbschaft der Kinder, desgleichen von der Constituirung einer Vormundschaft rücksichtlich des den Kindern bei der Theilung zugefallenen Antheils nicht die Rede ist.

Im Uebrigen stimmt die in der Recension der v. Rummel'schen Ausgabe der Curl. Stat. ausgeführte Interpretation mit der angeblich in praxi recipirten überein, daher denn gegen dieselbe ganz die nämlichen Einwendungen Platz greifen, wie gegen die angeblich in praxi recipirte Interpretation.

Diese Ausführung nun betraf das Verhältniß der im Inlande von 1848 und im Curl. Erbrechte aufgestellten Interpretationen zu einander, und zu der angeblich in praxi recipirten Auslegung des §. 182 der Curl. Stat. —

Es bleiben nun aber noch Fragen von nicht geringer Wichtigkeit zu beantworten. — Zunächst fragt es sich, ob es sich rechtfertigen läßt, den §. 182 der Curl. Stat. aus dem Polnischen Rechte herzuleiten, und ob er namentlich mit den von Neumann angeführten Polnischen Gesetzen übereinstimme? — Ich glaube beide Fragen verneinen zu müssen. — Die Constitution Sigismund August's, auf die, als lex posterior, es hier am meisten ankommt, besagt, daß der Vater, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, keineswegs verpflichtet sein soll, seinen Kindern ihre (mütterliche) Erbportion zu assigniren, sondern er soll sie bis zu seinem Tode verwalten dürfen, wenn er nicht etwa Verschwender ist; nur das, was er, der Vater, selbst als dos oder in Rücksicht der Ehe (ratione nuptiarum) bekommen und nach dem Tode der Frau behalten hat, soll er den Kindern derselben (eigentlich den Söhnen) assigniren (zuweisen). — Es lehrt sowohl der Zusammenhang (nämlich die Rücksicht auf die durch die Constitution Sigismund August's aufgehobene Constitution Wladislaw Jagello's), als auch der allgemeine Grundsatz: viventis nulla est hereditas, der so sehr aus der Natur der Sache fließt, daß jede Abweichung von demselben ganz besonders erwiesen werden muß, daß unter den portiones hereditariae, von denen in der Constitution Sigismunds die Rede ist, die mütterlichen Erbtheile der Kinder, die in der aufzuhebenden Constitution Wladislaw Jagello's erwähnten portiones bonorum maternorum zu verstehen sind. — Die Constitution Sigismund August's möchte sonach mit Nov. 22 Cap. 23—26 übereinstimmen (der zufolge der zur zweiten

Ehe Schreitende zum Vortheil der aus der frühern Ehe vorhandenen Kinder die Proprietät alles dessen verliere, was er der Freigebigkeit der früheren Ehegattin verdankt), jedenfalls etwas Aehnliches anordnen. — Die gleich nach der in Rede stehenden Constitution Sigismund August's bei Neumann*) mitgetheilte Constitution Wladislaw Jagello's stimmt aber mit der Nov. 22 Cap. 29 überein, welche besagt, daß die Kinder die gemeinschaftlichen Ascendenten gemeinschaftlich, die besondern aber abgesondert beerben sollen.

Sonach möchte die Neumann'sche Interpretation des §. 182 der Curl. Stat mit dem Polnischen Rechte nicht in Einklang stehen, was sich schon daraus ergiebt, daß letzteres, wenigstens in den von Neumann allegirten Stellen desselben, weder dem zur zweiten Ehe schreitenden Vater vorschreibt, sein gesammtes ihm von der verstorbenen Frau zugefallenes Vermögen mit den Kindern erster Ehe zu theilen, noch auch im gleichen Falle eine Theilung des gesammten mütterlichen Vermögens zwischen den Kindern der verstorbenen conjux und dem pater digamus anordnet.

Bei sorgfältiger Vergleichung der bei Neumann (im Curl. Erbrechte und im Inlande vom Jahre 1848) angeführten Polnischen Gesetzesstellen mit dem §. 182 der Curl. Stat. scheint es mir auch, daß sich keineswegs bezeichnende Worte und Wendungen der ersteren in letzterem wiederfinden, wenigstens habe ich mich von diesem Umstande nicht überzeugen können. Sonach scheint mir aber

*) Curl. Erbrecht S. 50 am Ende. — Inland vom Jahre 1848 Nr. 49, Spalte 1044 zu Anfange.

auch die Herleitung des §. 182 der Curl. Stat. aus dem Polnischen Rechte mit nichten gerechtfertigt.

Wenn nun aber schon an und für sich die von Neumann den Worten: „fortunas suas omnes" gegebene Deutung jedenfalls eine gezwungene ist, und, wie es mir scheint, keineswegs dadurch gerechtfertigt wird, daß nach Polnischem Rechte (mit welchem in dieser Beziehung auch das Römische Recht übereinstimmen würde) die dos, bei Eingehung einer zweiten Ehe von Seiten des Vaters, den Kindern erster Ehe zufällt; so möchte dieselbe nach obiger Ausführung um so mehr als unzulässig erscheinen, als nach allgemeinen Interpretations-Grundsätzen es stets, so lange nicht gewichtige Gründe für das Gegentheil vorhanden sind, anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sich richtig ausgedrückt habe *). Daß aber bei der Neumann'schen Auslegung der in Rede stehenden Worte dieses nicht der Fall wäre, d. h. der Gesetzgeber sich nicht richtig ausgedrückt hätte, möchte wohl keiner weiteren Ausführung bedürfen. Giebt man sonach den Worten: „fortunas suas omnes" eine andere Bedeutung, als Neumann, so fällt damit auch seine ganze Interpretation des §. 182 der Curl. Stat. zusammen.

Wenden wir uns nun zu dem Römischen Rechte, so glauben wir, daß das Resultat der Neumann'schen Interpretationen auch mit diesem Rechte nicht übereinstimmt, da ja nach Römischem Rechte den zur zweiten Ehe schrei-

---

*) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Band I. §. 22. — Thibaut, juristischer Nachlaß. Band II. Th. II. §§. 16 u. 27. L. 19 d. de legibus. I. 3.

tenden Vater *) keine andere Nachtheile treffen, als daß er, zum Vortheile der aus der frühern Ehe vorhandenen Kinder, das Eigenthum alles desjenigen verliert, was er der Freigebigkeit des frühern Ehegatten verdankt, dergestalt, daß er daran nur den lebenslänglichen ususfructus behält; sollte sich aber die Freigebigkeit der verstorbenen conjux nur auf die Verleihung des bloßen Nießbrauchs beschränkt haben, so geht dieser, falls das Gegentheil nicht ausdrücklich ausgemacht ist, durch Wiederverheirathung nicht verloren **).

Eine Theilung des von der verstorbenen Ehegattin ererbten Vermögens mit den Kindern derselben schreibt also das Römische Recht dem Vater eben so wenig vor, als dasselbe eine Theilung des gesammten mütterlichen Vermögens zwischen den Kindern und dem ad secunda vota schreitenden Manne kennt.

Es bleibt nur noch übrig, das Resultat der Neumann'schen Interpretation mit der Curl. Bauer-Verordnung v. 1817 §. 112 und 113, und mit dem Gesetze für die evangelisch-lutherische Kirche in Rußland vom Jahre 1832 §. 84 zu vergleichen.

Daß der §. 182 der Curl. Stat., nach der ihm von Neumann gegebenen Deutung, mit dem Gesetze für die evangelisch-lutherische Kirche §. 84 nicht übereinstimmt, möchte wohl am Deutlichsten die wörtliche Anführung dieser Gesetzstelle, auf welche Neumann sich beruft, beweisen. Es lautet dieselbe wie folgt:

---

*) Nov. 22. cap. 23—26.

**) Göschen l. c. Band III. §. 712.

„Verwittwete und geschiedene Ehegatten, in deren Verwaltung sich das Vermögen ihrer Kinder aus einer früheren Ehe befindet, können nicht früher in eine neue Ehe treten, als bis sie die Unversehrtheit dieses Vermögens in gesetzlicher Ordnung sicher gestellt haben."

Die Bauer-Verordnung §. 112 und 113 besagt, daß der Wittwer, gleich viel, ob er dürftig ist oder nicht, einen Kindestheil aus dem Nachlaß der verstorbenen Gattin erben, und vermöge seiner väterlichen Gewalt und als natürlicher Vormund das mütterliche Vermögen seiner Kinder, so lange sie bei ihm bleiben und er nicht zur zweiten Ehe schreitet, verwalten soll; schreitet er aber zur zweiten Ehe, so muß er sich mit seinen Kindern aus der frühern Ehe, wegen des von ihrer Mutter Eingebrachten, auseinandersetzen. — Aus den vorhergehenden §§., besonders aus § 108, ersieht man, daß unter dem „Eingebrachten" das Vermögen der Mutter überhaupt verstanden wird. — Die Auseinandersetzung aber besteht darin, daß in Gemäßheit der vorhergehenden §§, besonders noch §. 106, den Majorennen ihr Erbtheil ausgekehrt, der der Minorennen aber inventirt wird.

Es besagt sonach die Bauer-Verordnung mit andern Worten ganz dasselbe, was das Gesetz für die evangelisch-lutherische Kirche in Rußland §. 84 besagt, und stimmt sonach ebenfalls nicht mit Neumann's Auffassung des §. 182 der Curl. Stat. überein.

Capitel III.

Versuch einer neuen Interpretation.

Sollte es mir im vorigen Capitel gelungen sein, die Unrichtigkeit der bisherigen Interpretations-Versuche überzeugend dargestellt zu haben, so würde ich hierbei einerseits sehr viel der trefflichen, mehrfach citirten Abhandlung v. Madai's verdanken, andererseits aber doch nur das traurige Verdienst des Regirens haben. — Damit mich aber der Tadel nicht treffe, der in den Worten des Dichters liegt, wenn er singt:

„Nichts blieb uns, als die schlimme Kunst, zu zweifeln und zu richten",

so füge ich zu der im vorigen Capitel versuchten Beprüfung der bisherigen Interpretations-Versuche, nunmehr in diesem Capitel eine Darstellung der mir richtig scheinenden Interpretation hinzu.

Allem zuvor wird es nöthig sein, den Text, der dieser Interpretation zu Grunde liegen soll, festzustellen.

In mehreren Handschriften der Curl. Stat. findet sich die Lesart, welche statt „pro eius portione", „pro eius portionis" liest. — Diese schon früher vom Oberhofgerichts-Advocaten Fund*) vertheidigte Lesart nun wird durch eine neuerdings aufgefundene, aus dem Polnischen Reichsarchiv herstammende beglaubigte Abschrift der Curl. Stat., von welcher es jedoch ungewiß ist, welcher Text

---

*) Neumann, Curl Erbrecht S. 51.

derselben zu Grunde gelegen hat, bestätigt *). In dieser lautet der §. 182 der Curl. Stat.:

„Pater, ad secunda vota transiens, fortunas suas omnes cum liberis primi matrimonii ex aequo dividere, ac pro eius portionis, quam vel retinere vel in emulumentum liberorum exponere potest, fructu, eos alere et elocare tenebitur."

Dieser, durch ihre Einfachheit und grammatische Richtigkeit sich empfehlenden Lesart nun schließe ich mich an, mit alleiniger Emendation des gar keinen Sinn gebenden elocare (denn elocare heißt 1) vermiethen, 2) entfernen) in educare, und glaube den §. 182 der Curl. Stat. in folgender Weise wiedergeben zu müssen:

„Wenn der Vater zur zweiten Ehe schreitet, so muß er sein ganzes Vermögen mit den Kindern erster Ehe concurrirend theilen, und von dem Ertrage, oder richtiger nach Maßgabe des Ertrages (pro fructu) eines eben solchen, d. h. eben so großen (eius) Antheils, als er ihn sowohl selbst behalten, als auch zum Besten der Kinder bestimmen (festsetzen) kann, muß er dieselben ernähren und erziehen." —

Zur Rechtfertigung dieser Uebersetzung führe ich noch an:

1) daß ex aequo weder durch „zu gleichen Theilen" noch auch durch „nach Billigkeit", sondern durch „concurrirend" zu übersetzen ist, hat Neumann **) treffend nachgewiesen;

---

*) Neumann l. c. S. 52.
**) Curl. Erbrecht S. 45.

2) daß fructus auch im Singular bei den besten Classikern, z. B. Cicero, in der Bedeutung „Früchte, Ertrag" gebraucht wird, daß dagegen fructus hier nie so viel als „Nießbrauch", „ususfructus", bedeutet, weil man an seinem eigenen Vermögen keinen ususfructus haben kann, da der ususfructus eben ein ius in re aliena ist.

3) Eius ist hier deshalb durch „solchen", „so groß" wiedergegeben worden, weil, unter den mehrern Bedeutungen von eius, diese als die allein passende und einen klaren Sinn gebende erscheint.

4) Die hier gewählte Bedeutung von exponere, derzufolge exponere nicht etwa „herausgeben", sondern „feststellen, bestimmen" heißt, rechtfertigt sich theils durch die Rücksicht auf §. 183 der Curl. Stat., theils durch den Sprachgebrauch des corpus iuris civilis, in welchem das Wort exponere mehrfach in der hier gewählten Bedeutung vorkommt *).

Meiner Ansicht nach besagt also der §. 182, daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater sein Vermögen in zwei Hälften theilen, den Ertrag der einen Hälfte aber zur Erziehung der Kinder erster Ehe anwenden soll. — Eine andere Theilung als nach Hälften scheint mir deshalb nicht anzunehmen zu sein, weil ja gesagt wird, daß der Vater einen so großen Theil, als er den Kindern erster Ehe (doch wohl offenbar allen zusammen, da diese Auslegung in dubio als die mildere vorzuziehen ist **), zu bestimmen hat, für sich behalten kann.

*) Brissonius de verborum significatione. S v. exponere. № 3 in fine.

**) L. 18. D. de legibus. Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.

Diese Theilung kann aber unmöglich so gemeint sein, daß die eine Hälfte den Kindern erster Ehe wirklich zufällt, daß sie in deren Vermögen übergeht, oder, wie v. Bunge *) meint, als ein Pflichttheil zu betrachten wäre, der ihnen nicht entzogen werden kann, denn Alles dies würde dem §. 183 der Curl. Stat., wie schon früher gezeigt worden, offenbar widersprechen, sondern der Vater behält vielmehr sein ganzes Vermögen nach wie vor, muß jedoch so viel als die Hälfte desselben zur Zeit der Wiederverheirathung betrug, ausschließlich zur Erziehung der Kinder erster Ehe aus dem Betrage dieser Hälfte bestimmen. — Die Kinder erster Ehe erhalten mithin durch den §. 182 bloß ein Forderungsrecht auf ausschließliche Alimentation aus dem Betrage der einen Hälfte des Vermögens ihres zur zweiten Ehe schreitenden Vaters; reicht diese Hälfte zu ihrer Alimentation und Erziehung nicht hin, so muß der Vater natürlich, in Gemäßheit des gemeinen Rechts, das Fehlende aus seinem übrigen Vermögen zulegen, weil ja sonst die Kinder erster Ehe es schlechter hätten als nach gemeinem Rechte, von welchem eine Abweichung nur dann zu statuiren ist, wenn sie ausdrücklich das particulare Recht festsetzt. — Die wahrscheinliche, jedoch keineswegs mit Gewißheit zu ermittelnde ratio legis ist vielleicht die: die Kinder sollen nur in Betreff der Erziehung in der bezeichneten Weise gegen die Nachtheile sicher gestellt werden, die sie sonst häufig dadurch treffen würden, daß der Vater der zweiten Gattin und den mit ihr erzeugten Kindern seine Liebe vorzugsweise zuwendet.

*) Curl. Privatrecht S. 506 Anm. d.

Betrachtet man den §. 182 in diesem Lichte, so schwindet die scheinbare Härte desselben, zumal wenn man noch erwägt: einmal, daß, in Gemäßheit der über die Interpretation der Statuten geltenden Regeln:

Statuta ita sunt interpretanda, ut quam minime recedant a iure communi;

Statutum iuri communi non plus detrahit, quam quantum loquitur;

die beregte Alimentations-Verbindlichkeit des parens in Curland von den gemeinrechtlichen Bedingungen abhängt, davon nämlich, daß:

1) der parens ein zur Erziehung ꝛc. der Kinder hinreichendes Vermögen habe;

2) die Kinder nicht im Stande seien, aus eigenem Vermögen oder durch ihre Arbeit sich den nöthigen Unterhalt zu verschaffen;

3) die Kinder sich der verlangten Unterstützung nicht unwürdig gemacht haben;

der §. 182 sonach gar nicht zur Anwendung kommt, wenn die Kinder durch Beerbung ihrer verstorbenen Mutter, oder sonst auf irgend welche gesetzliche Weise zum Besitz eines Vermögens gelangt sind, das zu ihrem Unterhalte hinreichend ist; sodann aber, daß der Ertrag der zur Erziehung der Kinder bestimmten Hälfte oft mehr als hinreichend zum Erziehen derselben sein wird, der Ueberschuß des Ertrages, nach Abzug der Alimente, demnach ein den Kindern durchaus nicht verfangenes Capital des Vaters ausmachen werde.

Bei dieser Deutung des §. 182 bleibt allerdings die Frage unerledigt, in welcher Weise die Sicherstellung des §. 182 beregten Alimentations-Anspruches der Kinder erfolgt; — allein diese Frage ist im Gesetze nicht beantwortet, und für die Mangelhaftigkeit des Gesetzes hat der Interpret nicht zu verantworten.

Aus dieser Interpretation ergiebt sich nun, daß dem §. 182 im Systeme seine Stelle im Familienrechte gebührt, und zwar in specie im Eherechte unter den rechtlichen Folgen der Wiederverheirathung, nicht aber im Erbrechte, wie Neumann, Curl. Erbrecht S. 46 ff., und v. Bunge, Curl. Privatrecht S. 506, annehmen. — Der Umstand aber, daß der §. 182 unter dem Titel „de successionibus" in den Curl. Stat. seinen Platz findet, kann schwerlich als Einwand gegen die hier dem §. 182 Stat. Curl. im Rechtssystem angewiesene Stellung gelten, da die heutige Wissenschaft die Legalmethode mit Recht nicht mehr befolgt.

Es fragt sich nunmehr: finden sich Rechts-Analogien für die hier durchgeführte Ansicht?

Im gemeinen Rechte findet sich nichts der Vorschrift des §. 182 Aehnliches; wir müßten also etwas Analoges, sollte es zur Unterstützung unserer Auslegung des beregten §. 182 Stat. Curl. dienen, entweder in Deutschen Particularrechten aus der Zeit der Abfassung der Curl. Stat., oder im Polnischen Rechte jener Zeit, suchen: allein dies war mir bei dem nur sehr mäßigen gelehrten Apparat, der mir zu Gebote stand, gänzlich unmöglich. — Betrachten wir den Inhalt der Curl. Stat. genauer, so möchte das Auffinden einer Analogie selbst nicht einmal als nöthig

erscheinen. Die Bestimmungen der Curl. Stat. sind nämlich theils dem gemeinen Rechte, theils aber dem einheimischen älteren Gewohnheitsrechte entnommen *); auch sind wohl gewiß manche neue Bestimmungen in die Curl. Stat. aufgenommen worden, wie z. B. über die Verjährungsfristen bei der Eigenthumsersitzung unbeweglicher Sachen, und so wäre es sehr leicht möglich, daß der §. 182 entweder aus dem einheimischen Gewohnheitsrechte entlehnt ist, oder eine ganz neue Verordnung der Commissarien von 1617 enthält.

Die Frage: ob der §. 182 analog auch angewendet werden dürfe auf die zur zweiten Ehe schreitende Mutter, hängt davon ab, ob man in dem beregten §. ein ius singulare oder generale, ein correctorisches oder ganz neues Gesetz sieht. Der Begriff eines ius singulare oder eines correctorischen Gesetzes ist leicht zu geben, allein im concreten Falle ist es oft schwierig zu entscheiden, ob ein Gesetz eine Singularität enthalte, desgleichen ob es ein correctorisches sei. — Ein Beleg für Ersteres ist die berühmte Controverse über die Rescission des Kaufes wegen laesio enormis **).

Es giebt Rechtsregeln, welche der rechtlichen Anschauung und Rechtsüberzeugung eines Volks ihre Ent-

---

*) Bunge, Einleitung in die Liv-, Esth- u. Curl. Rechtsgeschichte §. 93. — v. Rummel, Quellen des Curl. Landrechts. Lief. 3. Vorwort, besonders S. XLVI.

**) Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen. Bd. III. S. 327—333. — C. D. v. Madai, „Ueber die Aufhebung von Rechtsgeschäften wegen laesio enormis" in v. Bunge's und v. Madai's theoretisch-practischen Erörterungen Bd. I. S. 97—184.

stehung verdanken, sonach also auf dem reinen Rechtsgebiete entsprungen sind, oder auf einem Rechtsprincipe beruhen, während dagegen andere Rechtsregeln auf einem fremdartigen Gebiete entsprungen sind, indem sie nicht der Rechtsanschauung eines Volkes, sondern der Rücksicht auf Nützlichkeit, Nothwendigkeit, öffentliches Wohl, Sittlichkeit 2c. ihre Entstehung verdanken; Rechtsregeln dieser letzteren Art haben stets einen rein positiven Character, und stehen, als etwas Fremdartiges, Anomales, zu den auf reinem Rechtsgebiet entsprungenen Rechtsregeln (ius commune, regelmäßiges Recht) im Verhältniß der Ausnahme zur Regel. Rechtsregeln dieser Art nun nennt man iura singularia. — Da sie als etwas Fremdartiges contra tenorem rationis gehen, so schließen sie die Analogie aus *).

Geht man von dieser Auffassung aus, so möchte denn doch der §. 182 lediglich als ein ius singulare erscheinen, da die Verpflichtung des Vaters, grade die Hälfte seines Vermögens zur ausschließlichen Erziehung seiner erstehelichen Kinder zu bestimmen, sich doch aus keinem Rechtsprincipe herleiten läßt; auch läßt sich nicht leugnen, daß durch §. 182, in dem hier angenommenen Sinne, das gemeine Recht modificirt wird, daß demnach der §. 182 auch ein correctorisches Gesetz ist. — Sonach scheint mir, daß eine analoge Ausdehnung des §. 182 auf die Mutter unzuläßig, wenngleich die vorhin als wahrscheinlich angedeutete ratio legis eben so gut, wenn nicht vielleicht noch besser, auf die Mutter als auf den Vater paßt.

*) v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. I. §. 15 u. 16. — Thibaut's Versuche. Bd. II. Nr. 13.

Erscheint nun sonach die Analogie als ausgeschlossen, so könnte doch noch die Frage entstehen, ob nicht durch interpretatio logica extensiva der §. 182 auch auf die zur zweiten Ehe schreitende Mutter auszudehnen wäre. — Die interpretatio extensiva setzt stets voraus, daß der Gesetzgeber sich unrichtig ausgedrückt habe, daß er einen für seine Gedanken zu engen Ausdruck gewählt habe. Um in concreto von der interpretatio extensiva Gebrauch machen zu können, müßte man also erweisen, daß der Gesetzgeber, während er nur vom Vater spricht, die Eltern überhaupt im Sinne gehabt habe. — Ein solcher Nachweis möchte sich aber bei der fragmentarischen Natur der höchst dürftigen Curl. Stat., und bei der Ungewißheit der dem §. 182 zu Grunde liegenden ratio legis, aus welcher, wenn sie gewiß wäre, auf die Absicht und den Willen des Gesetzgebers ein Schluß gemacht werden könnte, schwerlich führen lassen.

Aus denselben Gründen, welche die Ausdehnung des §. 182 Stat. Curl. auf die zur zweiten Ehe schreitende Mutter als unzulässig erscheinen lassen, ist es auch nothwendig, denselben nur von der zweiten Ehe, nicht aber von der dritten oder der ferneren zu verstehen.

Dagegen scheint mir nichts dafür zu sprechen, daß der §. 182 Stat. Curl. bloß ein für den Adel geltendes Recht enthalte, denn

1) die Curl. Stat. sind keineswegs ursprünglich nur Quelle des Adelsrechts gewesen *);

*) Neumann, Recension der v. Rummel'schen Ausgabe der Curl. Stat. im Inlande v. J. 1848. Nr. 49. Spalte 1045. — Neumann, Curl. Erbrecht S. 28 u. ff.

2) heißt es ganz allgemein „pater" ohne nähere Bezeichnung des Standes des Vaters;

3) ist auch sonst kein besonderer Grund vorhanden anzunehmen, daß der §. 182 bloß vom adlichen Vater spreche.

Aus der hier angenommenen Auslegung des §. 182 möchte nun aber auch klar sein, daß derselbe, die schon mehrfach beregte Festsetzung der einen Hälfte des väterlichen Vermögens zur ausschließlichen Erziehung uud Ausstattung der ersteheIichen Kinder abgerechnet, sonst keinen weiteren modificirenden Einfluß auf das Familienrecht, auf das Erbrecht aber gar keinen hat, was sich bei den meisten der früheren Interpretationen keineswegs behaupten läßt.

Es bliebe sonach nur noch eine Frage zur Beantwortung übrig, nämlich die, ob dem §. 182 durch späteres Recht derogirt ist?

Ich glaube diese Frage verneinen zu müssen.

Ein derogatorisches späteres Gesetz möchte sich eben so wenig aufführen, als ein späteres entgegenstehendes Gewohnheitsrecht im engeren Sinne sich nachweisen lassen, vielmehr beweist ein Attest des Mitau'schen Oberhauptmanns-Gerichts vom 6. Februar 1841 Nr. 178, daß der §. 182 fortwährend im Sinne der freilich unrichtigen Birkelschen Uebersetzung, jedenfalls jedoch in der Art, als rede er von einer Theilung des väterlichen Vermögens, bei dieser Behörde in Anwendung gekommen, bis im Jahre 1835 das Curl. Oberhofgericht dem Oberhauptmanns-Gerichte eröffnet, daß der §. 182 offenbar corrumpirt und

von der Theilung des mütterlichen Vermögens der Kinder zu verstehen sei *).

Abgesehen nun davon, daß das Recht der authentischen Interpretation nicht Oberbehörden, sondern lediglich der gesetzgebenden Gewalt zusteht, und daß die interpretatio doctrinalis nicht von den Befehlen der Oberbehörden, sondern lediglich von des Regeln der Hermeneutik abhängig ist, möchte doch selbst der beregte oberhofgerichtliche Befehl, so wie die bis auf den heutigen Tag gerade von Practikern gemachten Interpretations-Versuche, welche sämmtlich darauf hingerichtet waren, dem erscheinend harten Gesetze einen mildern Sinn unterzulegen (was doch offenbar, wenn dem §. 182 durch späteres Gesetz und Gewohnheitsrecht derogirt worden, unnöthig gewesen wäre), zur Genüge die noch heute zu Tage anzunehmenden Gültigkeit des §. 182 der Curl. Stat. beweisen.

Vergebens hat man sich auf die Praxis und die interpretatio usualis berufen. Allein die Praxis (usus fori), als eine species des Gewohnheitsrechts im weiteren Sinne, hat nur dann die Kraft eines Gesetzes, wenn es an anderweitigen Normen fehlt, oder der Sinn und die Bedeutung einer solchen anderweitigen Norm zweifelhaft ist **).

Der Sinn des §. 182 ist aber in sofern, als er eine Theilung des väterlichen Vermögens anordnet, gar nicht im geringsten zweifelhaft. — Eine aufhebende Kraft hat

*) Ernst Seraphim, über den §. 182 der Curl. Stat. §. 5 u. 6. — Vergl. noch die Beilage.

**) Göschen, Bd. I. Buch I. §. 27.

ferner der Gerichtsgebrauch (Praxis, usus fori) nicht *). Was nun endlich die interpretatio usualis anlangt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. Beruht die usuelle Auslegung eines Gesetzes auf den wissenschaftlichen Grundsätzen und Regeln der Interpretation, so ist sie eine doctrinelle Interpretation, und hat nur das Ausgezeichnete, daß sie allgemeine Anerkennung gefunden. — Stimmt aber die Gewohnheit, welche einem Gesetze diesen oder jenen Sinn beilegt, mit den wissenschaftlichen Regeln der Auslegekunst nicht überein, so tritt sie in abnormer Weise an die Stelle der Gesetzgebung, und nimmt eine Stelle ein, die ihr nicht zukommt **).

Beilage.

Auf Befehl
Seiner Kaiserlichen Majestät des Selbstherrschers aller Reussen, 2c. 2c. 2c.

ertheilt das Mitau'sche Oberhauptmanns-Gericht auf Supplication des Oberhofgerichts-Advocaten Ernst Seraphim hiedurch folgendes

Zeugniß:

Daß das, in dem §. 182 der Curl. Landesstatuten vom Jahre 1617 enthaltene Gesetz in dem Sinne und der Bedeutung:

„daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater verbunden

*) Göschen l. c.

**) Göschen l. c. Bd. I. Buch I. §. 20. — v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. I. §. 32, insbesondere S. 209 u. 210.

„sei, sein ganzes Vermögen mit den Kindern erster Ehe
„zu gleichen Theilen zu theilen und von den Einkünften
„seines Antheiles, den er selbst behalten oder zum Besten
„seiner Kinder anlegen könne, dieselben zu ernähren
„und zu erziehen,"

bei jedem einzelnen Falle, wenn ein im hiesigen Jurisdictions-Bezirke wohnhafter Adelicher oder Exemt zur zweiten Ehe schreitet und sich mit seinen Kindern erster Ehe erdividirt, fortwährend und ununterbrochen bei dieser Behörde in Anwendung gekommen sei, jedoch nur bis zum Jahre 1835, indem Ein Curländisches Oberhofgericht als Obervormundschafts-Amt in Folge einer, gegen eine diesseitige ebenmäße Anordnung angebrachten Querel, mittelst Befehle vom 6. Mai und 8. Juli des gedachten Jahres sub Nr. 672 und 1035 dem Oberhauptmanns-Gerichte zur Nachachtung eröffnet, wie der offenbar corrumpirte §. 182 der Curländischen Statuten nur dahin zu verstehen sei, daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater das mütterliche Vermögen mit seinen Kindern erster Ehe zu gleichen Theilen theilen, und sie von den Zinsen der auf sie fallenden Antheile, welche er bei gehöriger Sicherstellung behalten oder zum Besten dieser Kinder auf Renten austhun könne, erhalten und erziehen solle.

Urkundlich ist dieses actenmäßige Zeugniß unter dem Insiegel und der Unterschrift Eines Mitauschen Oberhauptmanns-Gerichtes ausgefertigt worden.

Zu Schloß Mitau d. 6. Februar 1841.

(Unterschrift und Siegel des Oberhauptmanns-Gerichtes.)

Nr. 178.

XIV.

Nochmals über d. § 182 der Curl. Stat.

Von dem Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. **Neumann** in Mitau.

Der §. 182 der Curl. Stat. hat von jeher zu großen Controversen und zu den verschiedenartigsten Erklärungsversuchen Anlaß gegeben, eine sehr natürliche Folge der grammatischen Unrichtigkeit der gewöhnlichen Lesart, und der Unmöglichkeit, dem Wortsinne zu folgen, ohne auf Härten, welche die Ausführung des Gesetzes in diesem Sinne fast unmöglich machten, und auf Widersprüche mit anderen klaren Gesetzen zu stoßen. Von den gedruckten Auslegungsversuchen ist zuerst des Proch'schen zu gedenken, dessen Schwächen und Fehler die Madai'sche Critik treffend hervorhebt, ohne sich freilich dabei von eigenen Fehlern frei zu halten, von denen ich des, bereits S. 48 meines Erbrechts hervorgehobenen bei der Erwähnung gedenke, daß auch v. Bunge im Curl. Privatrecht §. 250, p. anerkennt, wie Proch, der die beerbte Wittwe, wenn sie mit den Kindern concurriren will, ihr Eingebrachtes confriren läßt, hierin mit Unrecht von Madai getadelt worden, während andererseits Proch zu weit geht, wenn er auch die unbeerbte Wittwe zur Collation ihrer Illaten verpflichtet. Neumann Erbrecht S. 64 *). v. Bunge §. 252, c.

Der Grundfehler der v. Madai'schen eigenen Ansicht: „daß die Praxis gegen das geschriebene Gesetz und

dessen Wortverstand nicht aufkommen könne, daher ein zur zweiten Ehe schreitender Vater sein eignes gesammtes Vermögen mit den Kindern erster Ehe theilen müsse, wie solches auch in dem alten Polnischen Rechte begründet sei", liegt nun, — abgesehen davon, daß, wie ich bereits früher nachgewiesen, das zur Zeit der Abfassung der Curl. Statuten geltende Polnische Recht ein anderes, nicht mit dem Wortverstande, sondern grade mit der practischen Auslegung des §. 182 der Curl. Stat. übereinstimmend war, wo es schwerlich anzunehmen ist, die Polnischen Commissarien um 1617 hätten nicht ihr damaliges, sondern das in früheren Jahrhunderten gegolten habende Polnische Recht in Curland einführen wollen, — wozu noch kommt, daß die von Madai zur Hauptstütze seiner Ansicht über die Nothwendigkeit der Theilung der bona paterna bezogene Wladislaus-Jagello'sche Constitution grade von den bonis maternis spricht, — einfach darin, daß von einem unbestreitbaren Gesetzestexte gar nicht die Rede sein kann, wo ein authentisches Original des Gesetzes nicht mehr existirt, und die gewöhnliche Lesart erwiesenermaßen corrupt ist, oder wenigstens der aus ihr am wortgetreusten herausübersetzte Sinn immer noch gegen die Grammatik verstößt, maßen „pro eius portione" sich weder auf den Theil der Kinder bezieht, indem es alsdann eorum, noch auf den des Vaters, indem es dann sua heißen müßte. Hierzu kommt, daß die Madai'sche sog. wortgetreue Erklärung mit den §§. 181 und 183 der Statuten nicht zu vereinigen ist, so daß man der Praxis wahrlich keinen Vorwurf darüber machen durfte, daß sie bei der Collision eines unzweckmäßigen, harten und gegen die Grammatik verstoßen-

den Gesetzes mit anderen, deutlichen, grammatisch richtigen und zweckmäßigen Gesetzen, den letzteren folgte. Diese Berichtigung der Praxis erkennt auch v. Bunge §. 251, d, an. während ich überhaupt eine größere Autorität dem Gewohnheitsrechte in Curland einzuräumen gesonnen bin, da die gewöhnlichen Einwürfe gegen die Unwirksamkeit des Gewohnheitrechts wider klare Gesetze schwerlich passen auf ein Land, welches in frühern Zeiten mehr durch Gewohnheit als durch Gesetze regiert worden. Neumann im Inlande von 1848 Nr. 49.

Die Praxis mußte also dem §. 182 der Statuten eine von dem sogenannten Wortverstande, — ich sage sogenannten, weil eben ein grammatisch richtiger Wortverstand in den gewöhnlichen Lesarten gar nicht existirte — abweichende Deutung geben, und that Recht daran, wenn sie sich den §§. 181 und 183 der Curl. Stat., dem Römischen Rechte und anderen Rechtsnormen dabei anschloß. Die Einwürfe, auch Seraphim's, dagegen abstrahiren daher immer mehr als billig davon, daß die, einen grammatisch richtigen Sinn gebende Lesart „ac pro eius portionis fructu" zwar schon früher (namentich von Funcke, der freilich noch andere Correcturen vorschlug) geahnt, aber doch nicht mit so fast gesetzkräftiger Stütze versehen werden konnte, wie wir sie jetzt in einer, erst 1850 zur Sprache gekommenen, aus dem Polnischen Reichsarchiv entnommenen beglaubigten Abschrift der Curl. Stat. besitzen. Ich kann daher gern zugeben, daß sich die Praxis vielleicht anders gebildet hätte, wenn diese Lesart sofort, als authentisch, dagestanden hätte. Zur herzoglichen Zeit ist wol keinem einzigen Gerichte — schon deswegen weil

der Adel das Recht hatte, sich ohne Aufgebot trauen zu lassen, und eine Abtheilung des Vermögens der Kinder erster Ehe eben so wenig wie eine Vormundschaftsbestellung bei Lebzeiten des Vaters stattfand — eingefallen, dem §. der Curl. Stat. eine Abwendung während des Lebens *) eines Vaters, oder gar noch als erst zu erfüllende Bedingung vor Abschließung der zweiten Ehe zu geben; und wenn sie in späterer Zeit, bis die jetzige Praxis sich Bahn brach, die Vormundschaftsbehörden sehr geneigt sein mochten, möglichst viel für die Kinder erster Ehe dem von Neuem heirathslustigen Vater zur Ehre des Wortverstandes des §. 182 der Curl. Stat. abzunehmen, so liegt die Erklärung sehr nahe: es war jedenfalls — vorsichtig für Pupillen zu sorgen.

So wie die Praxis also nun einmal jetzt besteht, und zwar, unter den obgewaltet habenden Umständen, mit voller Berechtigung sich gebildet hat, wird sie nun wol auch bestehen bleiben müssen. Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. l. 85 §. 1 D. de regulis iuris 50. 17. Zu einer ins Einzelne gehenden Critik der in diesen Erörterungen abgedruckten v. Seraphim'schen Abhandlung ist hier nicht der Ort, so wenig ich geneigt bin, mich allen einzelnen Sätzen und Behauptungen derselben anzuschließen. Ich hebe daher schließlich nur hervor, daß sich ein practisch brauchbares Resultat bei möglichst wortgetreuer Befolgung der obenerwähnten neue-

*) Bei der nach dem Tode eintretenden Beerbung entscheiden aber die jedenfalls von der Madai'schen Deutung des §. 182 abweichenden §§. 181 und 183.

sten Lesart des §. 182 der Curl. Statuten durch nachstehende Begründung gewinnen lassen dürfte.

„Ex aequo" heißt nicht „zur Hälfte", auch nicht „zu gleichen Theilen", sondern nur im Allgemeinen „concurrirend" „mitberechtigt"; die Art der Theilung muß daher nach anderen Normen herausgefunden werden. Dies glaube ich schon in meinem Erbrechte S. 45, 65 und 80 nachgewiesen zu haben. Wir würden also für das Maß, nach welchem der Vater mit den Kindern erster Ehe theilen soll, keine Bestimmung haben, wenn wir sie nicht daraus argumentiren könnten, daß er in diesem §. stets allen Kindern, zusammengenommen, gegenüber gedacht wird, mithin sich zu ihnen wie 1 zu 1 verhält, also die eine Hälfte seines Vermögens für sich zu unumschränkter Disposition behält. Dies läßt sich aber nicht aus dem Wortsinne von „eius" als gleichbedeutend mit „tantae" schließen, denn da hier das Relativum „quam" (ac pro eius portionis, quam vel retinere vel in liberorum emolumentum exponere potest) auf „eius" folgt, so ist dieses eben erwähnte Wort nichts weiter als demonstrativ, direct auf „quam" hinweisend, und daher nicht auf die Portion des Vaters auch nur indirect zu beziehen. Bleiben wir nun dabei, daß für die Kinder erster Ehe eine Theilung des väterlichen Vermögens zur Hälfte vorgenommen werden soll, so ist damit noch immer nicht ohne Weiteres gegeben, was mit jeder Hälfte geschehen müsse, und welche Rechte die Kinder darauf haben. Dieses „dividere" kann daher sehr wohl mit dem „assignare" des Königlich Polnischen Statuts von 1423 und 1551 gleichbedeutend genommen werden. Darauf scheint auch schon v. Bunge §. 251, d, in fine

es zu beschränken, und man braucht nicht grade ein praecipuum für die Kinder erster Ehe bei der künftigen Erbtheilung (was den §§. 181 und 183 widersprechen würde), sondern nur die Sicherung wenigstens einer Hälfte des väterlichen Vermögens darunter zu verstehen. Im §. 182 ist nur gesagt, daß der Vater an der abgetheilten Hälfte der Nießbrauch (pro fructu, gleichbedeutend mit usufructu, Brissonius de V. S.) haben solle, möge er nun diese Hälfte bei sich behalten, oder anderweitig, immer aber in liberorum emolumentum, austhun. Das Ende des väterlichen Nießbrauchs ist nicht bestimmt: er würde also nicht mit der Volljährigkeit der Kinder, sondern erst mit dem Tode des Vaters aufhören, immer weil dann gleiche Erbberechtigung (paterna paternis, materna maternis) der gemeinschaftlichen Kinder im Vermögen des gemeinschaftlichen parens, und der besonderen in dem des besonderen, nach den §§. 181 und 183 für Kinder aus verschiedenen Ehen eintritt. Würde nun aber der Vater gar zur dritten Ehe schreiten, so wäre die ihm verbliebene Hälfte abermals zu theilen, und der §. 182 nicht bloß auf eine zweite Ehe zu beschränken, weil in Beziehung auf die zweite Ehe die dritte auch nur eine zweite ist, und „secundus" eben so wohl der zweite als überhaupt der folgende heißt. l. 8 Cod. de instit. et subst. l. 56 D. de fideic. libert. Brissonius de V. S.

Und wenn der §. 182 der Curl. Stat., man möge ihn nun verstanden haben wie man wolle, stets eben so auf die Mutter, welche zur zweiten Ehe schreitet, als auf den Vater bezogen worden, so hat die Praxis auch hierin Recht, weil erweislich eine Menge statutarischer Bestimmungen, obgleich sie nur von einem Ehegatten sprechen, doch auf

beide zu beziehen sind, und dies daher durchgreifende Regel ist, wo die Abweichung nicht offenbar durch andere Gesetze oder die sonst nothwendige einschränkende Interpretation geboten ist.

Wir erhalten mithin, wenn wir den §. 182 der Stat. mit der Lesart „ac pro eius portionis fructu" also verstehen, daß wir ihn zwar dem solchergestalt festgestellten Wortverstande, jedoch zugleich den §§. 181 und 183 anpassen, ein Resultat, welches wenig von dem bereits früher durch die Praxis angenommenen sich unterscheidet. Die erbrechtlichen Verhältnisse bleiben ganz dieselben, denn ihnen tritt der §. 182 dennoch nicht entgegen, und es müßte nur der zweiten, oder vielmehr der folgenden Ehe eine Abtheilung des gesammten Vermögens des dazu schreitenden parens also vorausgehen, daß den Kindern wenigstens eine Hälfte sichergestellt, dem parens aber auch davon den Nießbrauch verstattet, seine Alimentationsverbindlichkeit gegen die Kinder aufrecht erhalten, und ihm nur die Möglichkeit genommen werde, diese eine Hälfte seines Vermögens zu verschleudern.

XV.

Nachträge und Bemerkungen zum 2. u. 3. Heft des V. Bandes der Erörterungen.

I. Zur Neumann'schen Abhandlung Nr. VI. Litt. p. S. 146.

Dem hier von mir behaupteten Vorzuge des sog. Creditum zum Nutzen glaube ich jetzt widersprechen zu müssen. Da es in der Natur des öffentlichen Deutschen Hypothekenwesens liegt, daß nur solche Vorzüge, außer den durch die Ordnung der Ingrossation begründeten, in Betracht kommen, welche ausdrücklich durch die landesgesetzliche, auf die dem Römischen Rechte fremde öffentliche Hypothekenverfassung gegründete Concursordnung anerkannt werden: so kann ich das Hineinziehen von solchen Prärogativen, die die Ordnung der Intabulation stören, aus dem Römischen Rechte nicht billigen.

Zu S. 147. Daß „vel" häufig nicht disjunctiv („oder"), sondern verstärkend und copulativ („auch") zu verstehen sei, beweiset Brissonius de V. S., wo er gerade die copulative Bedeutung voranstellt und hervorhebt.

Vel pro etiam: l. 1 D. de pignor. l. 4 § 2 D. de edendo. l. 9 § ult. D. ad exhib. l. 6 § 1 D. de agn. vel al. lib. l. 29 D. de pecul. l. 25 § 3 D. de usufr. l. 20 § 1 D. quod vi. l. 2 § 24 D. vi bon. raptor.

Zu S. 148. Anmerkung. Zur Berichtigung der Annahme, als ob eine mit der Nullitätsclausel versehene Obligation nicht bloß das Vorgehen ihrer eigenen Zinsen,

sondern auch der Renten der ihr selbst vorgehenden Obligationen vor den später corroborirten bewirke, verweise ich auf meine in v. Bunge's curländ. Privatrechte S. 142 Anm. f. erwähnte briefliche Bemerkung.

II. Zur Neumann'schen Abhandlung über die exceptio non numeratae pecuniae.

v. Vangerow, ein so strenger Legist, daß er auf die Ausbildung des Rechts durch die Praxis so wenig Rücksicht als nur irgend möglich nimmt, ist natürlich der Ansicht, daß nach Ablauf der exc. non num. pec. sogar der Gegenbeweis des Nichtempfangs ausgeschlossen sei. (Thl. I. S. 195). Das Unhaltbare dieser Theorie, auch als solcher, glaube ich nachgewiesen zu haben. Doch räumt Vangerow selbst ein, daß viel Streit darüber sei, und verweiset auf die bezüglichen Schriftsteller.

III. Zu Nr. XI. Mittheilungen aus der Praxis der Obergerichte Liv-, Esth- und Curlands, Nr. 8.

Zum besseren Verständniß des hier abgedruckten Urtheils wird es diensam sein, über die thatsächlichen Verhältnisse Folgendes zu bemerken:

In dem ursprünglichen, zwar bei Successionsfragen in der Familie zur Norm genommenen, aber bis jetzt noch nicht durch Corroboration zur Kunde des Publicums gebrachten Familienpact vom 28. Septbr. 1694 kommt, — nachdem über die von der Familie damals sowohl in Deutschland als Curland (im pilten'schen Kreise, derzeit noch Livland genannt) besessenen Güter ein Gesammthandvertrag errichtet worden, — folgender passus vor:

„so sollen einem jeden die von seinem Leibe gebohrnen

Mannes-Erben in absteigender Linie, so lange dieselbe währet, in unseren liegenden und verlassenen Saamenden Güttern succediren und alle und jede unserer Güttter, die wir in Besitz gehabt, sammt deren darüber haltenden brieflichen Urkunden, auch dasjenige, was wir oder unsere Mannes-Erben hinkünftig in diesen unseren Teutsch- und Liefländischen Güttern bauen, bessern, durch Kauf, Contract, Erbschaft oder sonsten von Fremden dazu bringen mögen, nichts zumahl davon ausgenommen haben, erblich behalten und zur Saamenden Hand gehören und verbleiben."

So klar es nun ist, daß diese ganze Stelle schon nach ihrem grammatischen Wortsinne nur die Bedeutung hat, daß dasjenige, was zu den, schon damals von den Paciscenten besessenen und unterzogenen Gutern später zuerworben, zu ihnen als Pertinenz hinzugezogen würde, auch dabei und in der gesammten Hand bleiben solle, zumal die Ausdehnung auf künftig etwa von den Descendenten der Paciscenten erworbene, besonders freie Güter eine Nullität in rechtlicher Beziehung involviren würde, da begreiflicherweise kein Privatmann seinen Nachkommen die Verbindlichkeit auflegen kann, daß jedes Gut, welches sie durch Kauf, Erbschaft oder sonst wie erworben, eo ipso zur gesammten Hand gehöre: so ist dennoch diese letztere Behauptung häufig von einzelnen Gliedern der Familie B. erhoben worden und hat zu vielen Streitigkeiten Veranlassung gegeben. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts starb ein Herr v. B., welcher eins der alten im Transact von 1694 gestifteten Stammgüter, und außerdem eine große Anzahl freier Güter, und zu Erben

der letztern keinen Sohn, sondern nur zwei Töchter hinterließ, die solchergestalt die reichsten Erbinnen waren, die es seit lange in Curland gegeben. Die Vormundschaft der Agnaten, an welche das Stammgut fiel, behauptete nun, auch die übrigen freien Güter seien nach jenem Puncte des Familienpacts eo ipso B'sche Stammgüter geworden, die den Agnaten mit Ausschluß der Töchter des letzten Besitzers zufallen müßten, sah aber die Unrechtfertigkeit ihrer Prätension doch so sehr ein, daß sie sich mit einem kleinen Gute W. (demselben, welches das S. 239 abgedruckte Urtheil veranlaßte) und einer Summe Geldes, der auf dem Lehngute C. haftenden Pfandsumme, für ihre Pupillen begnügte, und alle anderen Ansprüche fallen ließ. Ganz consequent mit ihrer Prätension, aus welcher sie W. und die Geldsumme erwarb, machte sie in der Vergleichsurkunde von 1760 (S. 240) die Bedingung, daß diese Vermögensstücke bei der Manneslinie des Hauses bleiben sollen, und setzte hinzu, daß im Falle des Erlöschens dieser Linie das Gut W. und die C'sche Pfandsumme dem alsdann noch lebenden nächsten Agnaten jenes Hauses, „gemäß denen Verträgen", anheimfalle.

Der oben gedachte Fall trat ein. Es fragte sich nun also, welche Bedeutung die erwähnte Stipulation habe. Sehr nahe liegt die Erwägung, daß, weil die stipulirende Vormundschaft selbst über den Sinn und die rechtliche Wirkung jenes, auf erst später, nach 1694, erworbene Güter bezogen werden wollenden passus der Urkunde von 1694 im Zweifel war, und sich daher mit Abtretung des Gutes W. und der (vergleichungsweise unbedeutenden) C'schen Pfandsumme begnügte, — sie die Lösung dieser

Zweifel nicht selbst festsetzte, sondern einer späteren Generation, wenn der vorbedachte Fall eintrete, überlassen wollte, so daß, „gemäß den Verträgen" (d. h. dem Familienpacte von 1694, welcher in der Familie v. B. stets mit dem Namen „die B.-Pacten" bezeichnet wird) alsdann bestimmt werden solle, was mit dem Gute W. und der C'schen Pfandsumme werden soll, also sowohl wem sie zufallen, als auch wie sie besessen werden würden, ob als freies Eigenthum oder unter Gesammthandverband, so daß die durch den Vertrag von 1760 geschaffene Gebundenheit möglicherweise durch das Aussterben der bezüglichen Linie und das Anheimfallen an den nächsten Agnaten des ausgestorbenen Hauses wieder gehoben werde. Und also verstanden es denn auch, nachdem der gedachte Fall im Anfange dieses Jahrhunderts eingetreten, die Senioren der B'schen Familie: sie erklärten, daß, nachdem W. und die C'sche Pfandsumme dem nächsten Agnaten des ausgestorbenen S'schen Hauses zugefallen, alle Gebundenheit aufgehört habe, und W. ein freies Gut geworden, welches sie darauf dem Grafen K. in Betracht dessen verkauften, daß die B.-Pacten von 1694 sich nicht auf die erst später erworbenen freien Güter bezögen.

Als W., längere Zeit von dem Grafen K. ruhig besessen, zum Creditverein beitreten wollte, protestirte ein entfernter Agnat v. B. dagegen, die Stammgutseigenschaft von W. zum Besten der B'schen Familie behauptend. Hierüber sprechen sich nun die, S. 235—255 abgedruckten, später jedoch von der allgemeinen Versammlung Eines Dirigierenden Senats in totum, und wie mir scheint sehr mit Recht, aufgehobenen Urtheile aus. Ich glaube das

völlig Unrechtfertige, ja Unlogische, der Behauptung: „eine nicht ingrossirte Fideicommißstiftung tangire das Publicum zwar nicht, wohl aber den, der privatim davon wisse" (S. 248), bereits in den Erörterungen Bd. III S. 317 bis 321 nachgewiesen zu haben; denn wenn man zugiebt, daß zur Gültigkeit einer Fideicommißstiftung die Ingrossation in die competenten Hypothekenbücher gehört — was wohl nicht zu bezweifeln, auch im Urtheile als ausgemacht zugegeben wird, — so folgt daraus mit logischer Evidenz, daß derjenige, welcher von der Existenz einer solchen Stiftung weiß, eben nur weiß, daß etwas existirt, was keine rechtliche Wirkung hat, und was daher ihn so wenig tangirt, wie das Publicum überhaupt. Diese meine Ansicht hat v. Bunge in seinem curl. Privatrechte S. 591 adoptirt.

Ein zweiter Fehler des Urtheils dürfte darin liegen, daß, wenn man argumentirt: „in den B.-Pacten von 1694 liegt nicht und darf rechtlicherweise nicht liegen ein Gesammthandverband für die später erworbenen Güter" (wie ich ohne Weiteres zugebe, und wie solches auch durch andere bereits existirende Urtheile unumstößlich festgesetzt ist) — man doch nicht füglich aus der Anwendung des Vertrags von 1760, daß W. dem nächsten Agnaten des S'schen Hauses „gemäß den Verträgen" anheimfallen solle, schließen darf, daß es als Gesammthandgut ihm verbleiben solle, denn die Verträge (die B.-Pacten von 1694) besagen ja nur, daß die damals, 1694, schon von der Familie besessenen Güter, sammt dem was als Pertinenz derselben dazu erworben würde, dem Gesammthandverbande unterliegen sollen, nicht aber davon getrennte, ganz selbständige, später von irgend einem B. erworbene Güter.

Und so ist denn auch, unter Aufhebung des, die Gebundenheit W's erkennenden, S. 239—255 abgedruckten Urtheils, von der allgemeinen Versammlung Eines Dirigirenden Senats auf die nunmehrige völlige Freiheit des Gutes und die Zurechtbeständigkeit des Graf K'schen Erbbesitzes desselben erkannt worden.

C. Neumann.

XVI.

Mittheilungen aus der Praxis der liv-, esth- und curländischen Gerichte.

15.

Locationsurtheil des r...schen V.....gerichtes in concursu speciali creditorum über das in der Stadt R... belegene Wohnhaus des verstorbenen Kaufmanns Johann Heinrich C., vom 23. November 1846.

Specialconcurs über ein Immobil und die daraus bezogenen Miethen — Arrest auf letztere und dessen Wirkung — Concurskosten, insbesondere bei Abgabenforderungen — Kopfsteuer für den Cridar bis zur nächsten Revision — Morgengabe des rigischen Rechts — Ingrossarien, Hypothecarien, Chirographarien — Rechtsbewahrungen bei der Licitation.

„Nachdem zuerst auf Instanz des f....städt'schen Kaufmanns Joel J. wegen einer ihm an den gegenwärtig

verstorbenen Cridarium, ehemaligen Kaufmann Johann Heinrich C., zustehenden Forderung auf die Miethen des demselben zugehörigen allhier in der Stadt — — — belegenen Wohnhauses unterm 4. März 1844 ein Arrest für den Belauf von 105 R. S.-M. verhängt worden, und die gegenwärtig verwittwete Johanna Elisabeth C., geb. E., unter dem 20. April 1844 wegen der ihr von ihrem Ehemann während der zwischen ihnen anhängigen Ehescheidungssache laut richterlichem Ausspruche mit 8 R. S.-M. monatlich zu zahlenden Alimentation diesem Arreste beigetreten war, wurde in der Folge auch das bezeichnete Immobil, nachdem der Gemeinschuldner C. wegen eines von den gerichtlich bestätigten Curatoren des ehemaligen Kaufmanns J. G. H. gegen ihn geklagten Rentenrückstandes von 150 R. S.-M. auf dasselbe zu ihrer Befriedigung verwiesen, von besagten Curatoren unterm 15. Novbr. 1844 zum öffentlichen Auf- und Anbot, so wie später zum öffentlichen Meistbot gebracht, und am 21. Decbr. 1845, als am dritten offenbaren Rechtstage vor Weihnachten, in publica licitatione für die Summe von 3005 R. S. verkauft.

Demnach besteht diese Specialconcursmasse aus dem erwähnten, von dem Meistbieter N. N. baar beigebrachten Meistbotsschilling, und den in Folge des gelegten Arrestes eingegangenen, nach Abzug der an einzelne Arrestimpetranten bereits geschehenen oder annoch prälative darauf anzuweisenden Auszahlungen, sich noch in deposito iudiciali befindenden Miethgeldern. Zwar hat der Classificant darauf hingedeutet und die Wittwe in ihrem Schlußverfahren ausdrücklich darauf angetragen, daß diese Mieth-

gelder von der Specialconcursmasse getrennt, und vorzugsweise zur Befriedigung der Arrestimpetranten verwandt werden mögen. Da aber nicht allein einerseits die Miethgelder nur als der fructuose Ertrag des Hauses, und deshalb, nach dem Grundsatze: „res accessoria sequitur principalem“, als Zubehör der Hauptmasse rechtlich angesehen werden können, sondern auch andererseits der Arrest an sich bei erfolgender Concurrenz von Gläubigern kein Vorzugsrecht gewährt, sondern bei bereits rechtskräftig zuerkannten Forderungen, wie hier, nur in gleicher Weise, wie auch die öffentliche Meistbotsstellung, ein bloßes Executionsmittel ist, so ist kein rechtsgenügender Grund vorhanden, die durch diese beiden Executionsmittel aufgebrachte Summe in zwei Massen zu trennen, und bei jeder von diesen besonders über die Concurrenz der Gläubiger und deren resp. Priorität zu erkennen, wiewohl auch die Arrestimpetranten bei Vertheilung der Masse in die ihnen zukommende rechtliche Berücksichtigung zu ziehen sind.

Prälative aus den mit 109 R. 91 K. S.-M. in deposito iudiciali zur Zeit annoch befindlichen Miethgeldern sind aber, und ohne Berechnung von Concurskosten, auszukehren:

1) diejenigen 16 R. 20 K. S.-M., deren Auszahlung an den Arrestimpetranten J. bereits am 18. Novbr. 1844 verfügt, aber noch nicht erfolgt ist; und

2) diejenigen 20 R. S.-M., welche dem Küster C. F. L. für die Verwaltung des gemeinschuldnerischen Hauses hiemit als Honorar zugebilligt werden.

Wenn nun von der solchergestalt sich herausstellenden Masse, bestehend in dem Meistbotschilling von 3005 R. S.-M., und dem Reste der Miethgelder, betragend 73 R. 71 C. S.-M., zuvörderst die auf diesen Specialconcurs sämmtlichen Creditoren zum Besten verwandten Kosten, und zwar die Canzlei-, Obercanzlei-, Concursbuchhalter- und Ministerial-Gebühren, so wie auch die der verwittweten Margaretha Regina H. geb. B. mit 40 R. S.-M. zu bestehenden Executions-, Auf-, An- und Meistbotsstellungskosten, desgleichen auch die für Anfertigung des Classificationsplans D^no. Officiali et Advocato zuzuerkennenden 8 R. S.-M., den zur Perception gelangenden, von Tragung dieser Kosten nicht ausdrücklich befreiten Creditoren pro rata in Abzug gebracht werden, so haben die usque ad praeclusionem aditus sich gemeldet habenden Credtioren, in Grundlage der rigaschen Stadtrechte, Lib. II. Tit. X. und unvordenklicher Observanz, in folgender Ordnung ihre Befriedigung zu erhalten.

1) Ein Löbliches r... sches Stadt-Cassa-Collegium wegen der für das Jahr 1845 restirenden Polizeibeiträge, bestehend in 6 R. 59 K. S.-M.

S. Anm. ad loc. 2.

2) Ein Löbliches r... sches Quartier-Collegium

a) wegen der für die Jahre 1844 et 1845 rückständigen Quartier-Abgaben, im Betrage von 21 R. 76 K. S. M.

b) wegen der für dieselben Jahre restirenden Laternengelder, im Betrage von 9 R. S. M.

c) wegen der für die Getränkehandlung in dem gemeinschuldnerischen Hause aus dem Jahre 1845 rückständigen Quartier-Abgaben von 12 R. 50 K. S.-M.

Anmerkung. In Gemäßheit Conclusi Eines Wohledlen Raths vom 14. Januar 1821 sind für die vorstehend sub No. 1. u. 2. aufgeführten Abgabenforderungen, — da selbige aus dem letzten Jahre vor dem Ausbruche dieses Specialconcurses originiren und resp. im Laufe des Concurses fällig geworden, — keine Concurskosten zu berechnen und zu decourtiren ꝛc.

3) Der Schornsteinfegermeister C. F. S., wegen der ihm für die Reinigung der Schornsteine im gemeinschuldnerischen Hause während der Zeit vom 1. Decbr. 1843 bis 1. Febr. 1846 à 6 R. S. jährlich zukommenden Gebühren, im Betrage von 13 R. S M.

Anmerkung. Auch für diese Anforderung, so weit selbige aus dem letzten Jahre herrührt, sind in Grundlage Verfügens Eines Wohledlen Raths vom 10. April 1840 keine Concurskosten in Abzug zu bringen.

4) Eine Löbliche r . . . sche Steuerverwaltung, wegen der für den verstorbenen Gemeinschuldner aus dem Jahre 1845 rückständigen Kronsabgaben, im Betrage von 7 R. S.M.

Anmerkung. Es hat sich zwar noch die r . . sche Steuerverwaltung wegen der zur Deckung der Kronsabgaben für den Gemeinschuldner bis zur nächsten Seelen-Revision erforderlichen, von der Gemeinde an die hohe Krone zu berichtigenden Summe von 32 R. 40 K. S.M. in diesem Specialconcurse gemeldet, und deren amtspflichtiger Vertreter bei Entwerfung des Classifications-Planes eine bevorzugte Stellung für diese Forderung in Anspruch genommen. Allein es ist der r . . . schen Steuerverwaltung wegen dieser Forderung nicht nur kein bevorzugter Anspruch an diese Specialconcursmasse zuzuerkennen, sondern ist dieselbe

vielmehr, bei gänzlichem Mangel allen und jeden gesetzlichen Grundes für diese Forderung, gänzlich abzuweisen. Denn die Steuern, je nach ihrem Oklad, werden nach gesetzlicher Ordnung nicht als auf jedem einzelnen Individuum insbesondere liegend angesehen, sondern auf der Gemeinde im Ganzen, nach Anzahl der Seelen, welche sich nach Maaßgabe der Revision in derselben befinden oder in der Folge zugeschrieben sind. Hiervon sind nur diejenigen Fälle ausgenommen, wo durch ein Gesetz die Steuer speciell auf ein bestimmtes Individuum gelegt wird. Demgemäß ist die innere Umlegung der Steuer und die Vertheilung derselben auf die wirklich vorhandenen Seelen für die ausgefallenen den Gemeinden selbst, unter Aufsicht ihrer unmittelbaren Obrigkeiten, anheimgestellt. — Sonach hat also auch die r...sche Steuerverwaltung keineswegs für den verstorbenen Gemeinschuldner, als ein besonders bezeichnetes Individuum, an die hohe hohe Krone die Steuer fortzuzahlen; daher kann denn auch der für ihre zur Bahn gebrachte Forderung geltend gemachte Grund, und somit die Forderung selbst, als mit den Gesetzen im Widerspruch, nicht als rechtsgültig anerkannt werden. Eben so wenig ist es aber auch durch Recht oder irgend ein Gesetz begründet, daß, wenn allerdings in der Gesammtzahl der Kopfsteuerpflichtigen der verstorbene Gemeinschuldner, zufolge seiner bei der Revision geschehenen Aufzeichnung, für die Gemeinde noch fortzählt, sie die ihr dadurch zufallende Last auf einzelne Personen, wie namentlich die Gläubiger desselben, überwälze, wie es prätendirtermaßen aus einer bevorzugten Anerkennung ihrer verlautbarten Forderungen im vorliegenden Specialconcurse sich ergeben würde; es muß ihr deshalb in Ansehung der gesetzlichen Vorschriften vielmehr nur

überlassen bleiben, solches bei der ihr gesetzlich freigestellten innern Umlegung der Steuer, mit Hinsicht auf die vom Gesetz dagegen gewährte Vergünstigung, daß die einmal festgesetzte Seelenzahl eben so wenig auch durch die Nachgebornen verändert wird, und die ihrem alleinigen Ermessen anheimgestellte Vertheilung (livl. Steuer=Verordnung im Patent der livl. Gouvernements-Regierung vom 12. Febr. 1824 Nr. 20) zu berücksichtigen. Gleichermaßen ergiebt sich aber auch die Unhaltbarkeit der angemeldeten Forderung aus dem Betracht ihres Betrages, da bei deren Berechnung die Annahme einer zwanzigjährigen Zeitdauer bis zur nächsten Revision, angeblich nach Maaßgabe der zwischen der 7. und 8. Seelenrevision verflossenen Zeit, die sich jedoch, als von dem Allerhöchsten Manifest vom 20. Juni 1815 bis zum Allerhöchsten Manifest vom 16. September 1833 zu berechnen, in Wahrheit auf 18 Jahre herausstellt, zu Grunde gelegt ist, während kein Gesetz die Zeit, nach welcher eine neue Revision zu veranstalten, feststellt, wie denn auch die bisher stattgehabten 8 Revisionen nach sehr verschiedenen Zwischenräumen stattgefunden haben. Bei solchemnach in jeder Beziehung mangelnder Uebereinstimmung der verlautbarten Anforderung qu. mit den gesetzlichen Bestimmungen kann dieselbe daher nicht anders, als wie geschehen, aus dem hier in Rede seienden Specialconcurse weggewiesen werden.

5) Die vormalige Ehefrau des Gemeinschuldners Juliane Elisabeth C. wegen der ihr stadtrechtlich zuständigen Morgengabe von 240 Rthlr. od. deren Werth in Silberrubeln.

Anmerkung 1. Es hat zwar die Wittwe Margaretha Regina H. geb. B., als Erb= oder Rechtsnehmerin ihres immittelst verstorbenen Ehemannes, des ehema-

maligen Kaufmanns J. G. H., gegen die von der Wittwe des Gemeinschuldners geltend gemachte Forderung der stadtrechtlichen Morgengabe — unter der Behauptung, daß die Morgengabe ausdrücklich constituirt und bei Einem Wohledlen Rathe verschrieben sein müsse und ohne eine solche förmliche Verschreibung gar keine Morgengabe anzunehmen sei, — Einwand erhoben, und sie mit derselben abzuweisen gebeten. Nach Lib. IV Tit. II § 1. iur. stat. Rigensis ist aber dasjenige Rechtsinstitut, welches in den Stadtrechten unter dem Namen Morgengabe begriffen wird, nichts anders als ein — aus welchem Grunde ist hier nicht näher zu untersuchen, — der Wittwe zuerkanntes Privilegium oder beneficium iuris personale, vermöge dessen sie, in gewissen in den Stadtrechten Lib. III. Tit. X. § 1. Lib. IV Tit. VI § 1. näher bezeichneten Fällen, und resp. unter gewissen gleichfalls daselbst bezeichneten Bedingungen, eine quantitativ normirte Summe vor denen voraus, welche mit ihr zugleich Ansprüche an des verstorbenen Mannes Vermögen haben, zu erhalten hat. — Da einerseits genau die Fälle und Bedingungen in den Stadtrechten bestimmt sind, in welchen diese Morgengabe statt hat, gleichwie auch der Betrag derselben, andererseits zur Erreichung des wirklichen Genusses dieses Beneficiums von den Stadtrechten nicht noch die Beobachtung weiterer Förmlichkeiten vorgeschrieben und gefordert wird, auch das Wesen dieser Morgengabe, eben als einer der Wittwe gesetzlich gewährten, in Zuerkennung einer bestimmten ihr weder von den Creditoren noch den Anverwandten ihres verstorbenen Mannes je zu entziehenden Geldsumme bestehende Begünstigung, deutlich genug von den Stadtrechten bezeichnet ist, solche Absicht des Gesetzes aber bei der Forderung einer vorgängigen Verschreibung alterirt würde,



so kann auch nicht die unterbliebene, an sich nirgend als nothwendig nachgewiesene Verschreibung dieser Morgengabe, deren Verlust für die Wittwe nach sich ziehen, und mag die Nothwendigkeit einer solchen Verschreibung nur da angenommen werden, wo, im Gegensatze des hiesigen Orts vom Gesetz selbst gewährten Privilegii der Wittwe, dasselbe erst durch ein Pactum der Brautleute oder eine Stipulation des Ehemannes constituirt werden muß. Da nun aber die Wittwe nur die stadtrechtlich einer Wittwe festgestellte Morgengabe beansprucht hat, und die hierbei erforderliche Bedingung der cessio bonorum durch das zu den Acten eingelieferte Protocoll Eines Wohledlen Raths vom 5. August 1846 erfüllt zu haben, von ihr nachgewiesen worden ist, so hat ihr die nachgesuchte Morgengabe nicht denegirt werden können, und ist diese in Gemäßheit Lib. III iur. stat. Rig. Tit. X § 8., wie geschehen, hieselbst zu lociren gewesen.

Anmerkung 2. Ten. Prot. d. d. 20. April 1844 ist nach Anzeige der Wittwe C. Gemeinschuldner, der ihr am 18ten jedes Monats 8 Rbl. S.M. Alimentation während der Dauer des Scheidungsprocesses pränumerando zu zahlen angewiesen worden, für zwei Termine, mithin vom 18. März 1844 inclusive ab, im Rückstande verblieben. Exhibentin hat mithin von dort ab bis zum 19. Septbr. 1844, da die Ehescheidung erfolgte, die Alimentation für 7 Monate mit 56 R. S. zu prätendiren gehabt, nach Ausweise des Protocolls v. 18. Novbr. 1844 aber durch ungegründete und ihren eigenen früheren Angaben widersprechende Anzeigen erwirkt, daß ihr überhaupt 80 R. S. aus den arrestirten Miethgeldern ausgezahlt worden. Es sind mithin die von ihr an Alimentationsgeldern zu viel erhobenen 24 R. S. auf diese ihre sub Nr. 5. locirte Forderung in Abzug zu bringen.

6) Die verwittwete Margaretha Regina H. geb. B. aus einer in originali beigebrachten, ursprünglich zum Besten des Aeltesten Johann Heinrich H. von dem Schneidermeister Johann Carl K. unter Verpfändung seines gesammten Vermögens, in specie des hier in Rede stehenden, nachmals von dem Gemeinschuldner J. H. C. besessenen Wohnhauses sammt Appertinentien am 12. August 1825 ausgestellten und am 18. Septbr. 1825 ingrossirten, durch successive Cessionen an den Ehemann der Exhibentin, ehemaligen Kaufmann J. G. H. gediehenen Obligation, — wegen einer Capitalforderung von 1000 R. S.M. nebst Renten dafür à 6 pCt. vom 15. Septbr. 1843 bis zum 21. Decbr. 1845, als dem Tage der adjudicirten Immissio ex secundo decreto".

7) und 8) (Hier sind zwei ähnliche ingrossirte Forderungen derselben Exhibentin locirt, deren letztere auch auf ein vorstädtisches Immobil des Cridars ingrossirt ist.)

9) Der Handschuhmachermeister Christian Friedrich L, — aus einer in beglaubigter Abschrift beigebrachten, unterm 27. Februar 1832 zum Besten des hiesigen Handschuhmacher-Amtes von defuncto cridario unter Verpfändung seines gesammten Vermögens und in specie seiner in der Stadt und in der Vorstadt belegenen Immobilien ausgestellten, jedoch nicht ingrossirten, auf die Summe von 125 R. S.M. lautenden, nach geschehener Abzahlung aber nur noch für den Capitalbetrag von 100 R. S.M. validirenden, und an Exhibenten cedirten hypothecarischen Obligation, — wegen des besagten Capital-Rückstandes von 100 R. S.M. sammt Renten bis zum 21. Decbr. 1845.

10—13) Unter diesen Nummern sind vier verschiedene Rechnungsforderungen locirt.

„Anmerkung ad loc. 10 — 13. Wenn die Masse so weit reicht, so sind aus selbiger vorstehende vier Creditoren pro rata zu befriedigen.

Wenn nun außer den vorstehend locirten Gläubigern zwar nach Ausweise des Attestats der Obercanzlei Eines Wohledlen Raths, d. d. 31. Januar a. c., sich noch der Kaufmann Ferd. W., so wie der Herr Kreisfiscal Coll.-Assessor W. den Creditoren des Gemeinschuldners in termino licitationis alles und jedes Recht bewahrt haben, so ist doch auf diese Rechtsbewahrungen keine Rücksicht zu nehmen, da dieselben ihr etwa eignes Recht weder näher bezeichnet, noch intra terminos allegandi et usque ad praeclusionem aditus angemeldet, geschweige denn dargethan und documentirt haben, sondern sind dieselben vielmehr aus diesem Specialconcurse gänzlich auszuweisen.

Wenn solchem nach die Concurseide geleistet oder unterschrieben und die Concursausrechnung angefertigt, so stehet es einem jeden zur Perception gelangenden Creditor frei, sein Perceptions-Quantum resp. gegen Einlieferung des Original-Schulddocuments, wo solches noch nicht geschehen, oder Abschreibung auf demselben, und gegen gehörige Quittung im Cassa-Schnurbuch, entweder persönlich oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten, in Empfang zu nehmen, und wird denen ob insufficientiam massae gar nicht oder nicht zum Vollen zur Perception gelangenden Creditoren alles Recht an das anderweitige zu ermittelnde Vermögen communis cridarii, namentlich nach Maaßgabe ihres Prioritäts-Rechts an das ihnen specialiter verpfändete gemeinschuldnerische in der Vorstadt situirte Immobil sammt Appertinentien offen gelassen."

B. R. W.

